



Primeira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 139.519-RJ (2015/0076635-2)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho
Relatora para o acórdão: Ministra Regina Helena Costa
Suscitante: Petróleo Brasileiro S A Petrobras
Advogado: Candido Ferreira da Cunha Lobo e outro(s) - RJ049659
Suscitado: Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Suscitado: Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da
Câmara de Comércio Internacional - CCI
Suscitado: Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio
de Janeiro
Interes.: Agencia Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
Procurador: Procuradoria-Geral Federal - PGF - PR000000F
Interes.: Estado do Espírito Santo
Procurador: Claudio Penedo Madureira - ES011377
Interes.: Instituto Brasileiro de Petróleo, Gas e Biocombustíveis - “Amicus
Curiae”
Advogados: Cristiane Romano e outro(s) - DF001503A
Bruno Fontenelle Carrera da Silva - RJ103513

EMENTA

Conflito positivo de competência. Juízo Arbitral e órgão jurisdicional estatal. Conhecimento. Arbitragem. Natureza jurisdicional. Meios alternativos de solução de conflito. Dever do Estado. Princípio da competência-competência. Precedência do Juízo Arbitral em relação à jurisdição estatal. Controle judicial *a posteriori*. Convivência harmônica entre o direito patrimonial disponível da Administração Pública e o interesse público. Conflito de competência julgado procedente.

I - Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A - *Petrobras*. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.

II - Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014.

III - O conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e consequente inaplicabilidade da cláusula arbitral e a declaração de nulidade do procedimento arbitral em decorrência da Resolução da Diretoria n. 69/14, alterando a área de concessão controvertida, cumulado com pedido de anulação do processo arbitral, qual seja, de *anti-suit injunction*, destinada a evitar seu processamento junto ao Juízo Arbitral.

V - O CPC/2015 trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, razão pela qual a solução consensual configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la (art. 3º, §§ 1º e 2º). A parte tem direito de optar pela arbitragem, na forma da lei (art. 42).

VI - A Lei n. 13.129/2015 introduziu no regime jurídico da arbitragem importantes inovações, com destaque para os *princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória* (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).

VII - No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/1995, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/2005, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/1997, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/2015, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/1996, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública.

VIII - A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da

Constituição da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes.

IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/1996, com a redação dada pela Lei n. 13.129/2015).

X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

XI - A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.

XIII - Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral.

XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, “prosseguindo no julgamento, preliminarmente, por maioria, vencida a Sra. Ministra Assusete Magalhães, conhecer do conflito de competência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. No mérito, também, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Benedito Gonçalves, declarar

competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI, o segundo suscitado, nos termos do voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa, que lavrará o acórdão. Votaram com a Sra. Ministra Regina Helena Costa os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Gurgel de Faria.

Impedido o Sr. Ministro Og Fernandes.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 10.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Conflito Positivo de Competência tendo como Suscitante a *Petróleo Brasileiro S/A Petrobras* e como Suscitados o *Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional-CCI*, o *Tribunal Regional Federal da 2ª Região* e o *Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro*.

2. Consoante se depreende dos autos, em 6.8.1998 a *Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis-ANP* celebrou o Contrato de Concessão 48000.003560/97-49 com a *Petrobras*, para Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural no Bloco BC-60.

3. Afirmou a *Petrobras* que, em 14.2.2014, foi surpreendida pelo Ofício 244/2014/SDP, em que a ANP informava sobre a Resolução RD 69/2014 que, após 16 anos de vigência do dito Contrato de Concessão, alterara suas cláusulas, nomeadamente aquela que cogita do dispositivo compromissório; sustentou o intuito declaradamente arrecadatório, acrescentando que se trata de Resolução decidida unilateralmente pelo Colegiado da Agência, na reunião de Diretoria. Diante do impacto financeiro decorrente dessa decisão, a Suscitante apresentou pedido de reconsideração, na via administrativa, postulando a anulação/revogação da RD 69/2014, sem contudo lograr êxito.

4. Com a negativa do seu pleito, a Suscitante instaurou Procedimento Arbitral, em face da ANP, perante a *Corte Internacional de Arbitragem-ICC*,

objetivando a declaração de nulidade da RD 69/2014. Em 24.4.2014, tendo em vista o Tribunal Arbitral ainda não ter sido instalado, a Suscitante ajuizou Ação Cautelar na Justiça Federal do Rio de Janeiro, a fim de suspender os efeitos da decisão da Diretoria da ANP. A liminar foi concedida pelo Juízo de 1º Grau e posteriormente cassada pelo Tribunal de origem, em decisão proferida em Agravo de Instrumento interposto pela Interessada (ANP).

5. Após instalado o Conflito e informado acerca da medida liminar em trâmite da Justiça Federal, o Tribunal Arbitral determinou que, enquanto não houvesse deliberação sobre o pedido cautelar, as partes estariam proibidas de praticar quaisquer atos que pudessem afetar a esfera de direitos da outra.

6. Tomado ciência da instauração do Processo Arbitral, a ANP ajuizou Ação Anulatória na Justiça Federal do Rio de Janeiro, em face da *Petrobras*, pleiteando a anulação do Procedimento Privado. Proposta a Ação, o pedido liminar foi denegado pelo Juízo da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e posteriormente confirmado pela Sentença de improcedência da Ação.

7. Em face da Sentença, recorreram a ANP e o *Estado do Espírito Santo*, que não foi admitido como parte pelo Juízo de Primeiro Grau. Antes mesmo que as Apelações fossem remetidas ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a ANP e o *Estado do Espírito Santo* propuseram, cada qual, Ação Cautelar naquele Tribunal Regional Federal, requerendo a suspensão do Procedimento Arbitral, sob o argumento de que haveria risco do referido Procedimento ser sentenciado pelos árbitros antes do julgamento das Apelações pelo Tribunal.

8. A Desembargadora da 8a. Turma Especializada do TRF da 2ª Região, que estava preventa em razão do julgamento de anteriores Recursos oriundos da mesma causa, concedeu o pedido de provimento liminar para suspender a tramitação da arbitragem instaurada pela *Petrobras* para discutir a validade da RD 69/2014. Após a interposição de Agravo Regimental, a decisão monocrática foi confirmada pela 8a. Turma Especializada daquele Tribunal. Opostos Embargos de Declaração, encontravam-se estes ainda pendentes de julgamento quando da formação do presente Conflito.

9. Em razão do entendimento daquela 8a. Turma, de que é o Judiciário que deve se manifestar tanto sobre a competência, quanto sobre o mérito, instaurou-se evidente conflito entre as jurisdições estatal e arbitral.

10. Ressalta a Suscitante que o *periculum in mora* materializou-se com o recebimento do Ofício ANP 223/2015/SPG, por meio do qual a ANP

intimou a Petrobras a recolher a título de participação especial o montante de R\$ 2.093.895.353,88, acrescentando-se a isso a ameaça de ser aplicada a penalidade de 50% sobre o valor do débito caso tal pagamento não seja efetuado até o dia 29.4.2015. Ademais, na data de 30.4.2015, a Suscitante seria obrigada a efetuar o pagamento de outro elevado valor referente às participações governamentais correspondentes ao primeiro trimestre de 2015. Isso sem contar que, prevalecendo a Resolução, a Petrobras ficaria obrigada a efetivar modificações no desenvolvimento da área de concessão do Parque das Baleias, exigência cuja validade e eficácia ainda serão discutidas.

11. Quanto ao *fumus boni iuris*, apontou-se violação frontal ao ordenamento jurídico decorrente da decisão estatal proferida em detrimento da preferência da Justiça Arbitral para dizer sobre a sua própria competência.

12. Apreciando o pedido liminar, foi proferida a decisão de fls. 470/476, de minha lavra, que, concedendo a medida intentada, atribuiu provisoriamente a competência ao *Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional-CCI* para o exame de medidas ou providências de natureza emergencial, urgente ou acauteladora. Determinou-se, ainda, que todas as Ações Judiciais e/ou procedimentos administrativos vinculados ao objeto destes autos sejam imediatamente paralisados, suspensos e sobrestados. Segue ementa:

Processual Civil e Administrativo. Conflito de competência com pedido de medida liminar. Contrato entre ANP e Petrobras com cláusula compromissória padrão estabelecendo a autuação de juízo arbitral em caso de conflito. Alteração unilateral que se mostra prima facie descabida. Decisões proferidas pelo Juízo Estatal do Rio de Janeiro e pelo Juízo Arbitral. Preenchidos os requisitos autorizadores da concessão de liminar. Liminar concedida (fls. 470).

13. Dessa decisão sobreveio a Petição da Petrobras de fls. 510/514, por meio da qual noticiou-se o suposto descumprimento das determinações provenientes da concessão da liminar, pugnando que a ANP se abstenha de implementar procedimentos administrativos vinculados ao objeto deste Conflito, e que paralise, suspenda ou sobreste os que eventualmente estejam em curso, inclusive a cobrança no valor de R\$ 2.193.895.353,88, decorrente da unificação determinada pela RD 69/2014, tornando sem efeito, inclusive, as determinações constantes do Ofício ANP 277/2015/SEP.

14. Examinando esse pedido, foi proferida a decisão de fls. 542/544, de minha lavra, com as seguintes fundamentação e determinações:

5. Conforme expressamente determinado na decisão de fls. 470/476, todas as ações judiciais e/ou procedimentos administrativos vinculados ao objeto deste Conflito, instaurados ou que venham a ser instaurados contra a *Petrobras*, movidas pela ANP e pelo Estado do Espírito Santo, devem ser imediatamente paralisados, suspensos e sobrestados, também até o julgamento deste Conflito de Competência. Reitera-se, ainda, que, entre as medidas que devem ser paralisadas, suspensas e sobrestadas, está a cobrança do valor de R\$ 2.193.895.353,88, bem como multa, demais encargos e outras eventuais cobranças decorrentes da unificação determinada na RD 69/2014.

6. Ante o exposto, defiro o pedido de fls. 510/514, determinando a expedição de novo Ofício à *Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis*, bem como às Superintendências de Exploração, de Desenvolvimento e Produção, e de Participações Governamentais, como especificado na petição, para que dêem integral cumprimento da decisão judicial proferida nestes autos, até o julgamento definitivo do presente Conflito de Competência.

15. Interpostos Agravos Regimentais do *Estado do Espírito Santo* e da ANP, foi proferida a decisão de fls. 888/891, que, em sua parte dispositiva, determinou:

8. Com essas considerações inspiradas na ideia de justiça do caso concreto, *suspendo da decisão impugnada pela Procuradoria Capixaba quaisquer efeitos que de alguma forma restrinjam, embaracem, impeçam ou retardem o legítimo exercício do Estado do Espírito Santo à regular percepção dos recursos oriundos de sua participação na exploração petrolífera no seu âmbito territorial*; por conseguinte, determino que a *Petrobrás* e a ANP adotem e façam adotar no domínio das respectivas atribuições administrativas, todas as medidas necessárias à liberação imediata do que devido for ao *Estado do Espírito Santo*, sem mais demora, e sem protelações burocráticas, ou seja, com prioridade absoluta.

9. Obviamente, a discussão entre a *Petrobrás* e ANP continuará e os seus desdobramentos revelarão de que lado está a razão mais forte; dessa forma, acolho o Agravo Regimental do *Estado do Espírito Santo* e o provejo atentando para o conteúdo da sua pretensão, ou seja, a liberação dos valores que pertencem à sua Fazenda; neste caso, penso que faz-se melhor justiça focando-se a atenção judicial na pretensão, e não nas palavras do pedido: a pretensão é muito mais ampla, muito mais abrangente, muito mais larga e acolhível do que os termos restritivos, herméticos e fechados em que geralmente os pedidos judiciais são expostos; para mim, o que mais me importa é saber qual a pretensão da parte, pois a sua formulação em termos verbais depende muito da habilidade expositiva e da perícia linguística de quem fala (fls. 890/891).

16. Opostos Embargos de Declaração pela *Petrobrás*, foram eles acolhidos, tão somente *para sanar a obscuridade, sem efeitos infringentes e*

*retificar a parte dispositiva da decisão embargada, esclarecendo que a liberação dos valores que pertencem ao **Estado do Espírito Santo** limita-se ao pagamento das participações governamentais estaduais incontroversas (cálculos da produção por campo individualizadamente), conforme definido em contrato de licitação dos poços em operação, afastada a sua unificação em uma só unidade de produção, em outros termos, a **Petrobrás** e a ANP não deverão suspender qualquer pagamento, cobrança ou distribuição de participação especial ao **Estado do Espírito Santo** no que tange ao valor incontroverso (fls. 939).*

17. Após novos Aclaratórios (fls. 1.102/1.179), agora opostos pela ANP, foi proferida a decisão de fls. 1.185/1.188, que, rejeitando os Embargos, prestou os seguintes esclarecimentos:

10. Na hipótese, não se vislumbra a ocorrência de omissão, obscuridade ou contradição do decismum que demande reparação. No entanto, para fins de torná-la ainda mais clara e afastar qualquer dúvida referente às disposições do seu item 6, objeto dos presentes Aclaratórios, esclarece-se que, de fato, ele faz referência apenas às disposições do item 5, atinentes à liberação de valores pertencentes ao *Estado do Espírito Santo*, a título de participação governamental estadual incontroversa.

11. À exceção dessas verbas, inclusive no tocante à competência da Corte Arbitral e sua atuação, mantém-se incólume a decisão de fls. 542/544, que determinou a paralisação, suspensão e sobrestamento de todas as ações judiciais e/ou procedimentos administrativos vinculados ao objeto deste Conflito (fls. 1.187).

18. Ouvido o Ministério Público Federal, foi exarado o Parecer de fls. 1.196/1.206, da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República *Flávio Giron*, opinando pelo conhecimento do Conflito Positivo de Competência, para que seja fixada a competência do Tribunal Arbitral.

19. Por último, foi interposto o presente Agravo Regimental pelo *Estado do Espírito Santo*.

20. Alega-se, nesta peça, que as decisões até aqui proferidas nestes autos indiretamente conferiram à *Petrobrás* uma espécie de salvo conduto para deixar de cumprir as decisões administrativas, judiciais e arbitrais que impuseram o recolhimento dos valores devidos à União, Estados e Municípios pela unificação dos campos que compõem o Parque das Baleias (RD 69/2014).

21. Insurge-se contra o recebimento do presente Conflito de Competência, suscitado com base em precedente tido por isolado e que não se adequaria à

realidade dos presentes autos (CC 111.230/DF, Rel. Min. *Nancy Andrighi*, DJe 3.4.2014); bem como contra o sobrestamento das decisões proferidas pela ANP, pela Justiça Federal e pelo Tribunal Arbitral.

22. Defende-se que o *Estado do Espírito Santo* não se submete à cláusula compromissória do litígio instaurado perante a Justiça Privada, razão pela qual não pode ser obrigado a observar ou obedecer Sentença Arbitral ou ser impedido de demandar no Poder Judiciário pela tutela de seus interesses.

23. Aduz-se indevido cerceamento do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório pela atribuição de efeitos infringentes aos Embargos de Declaração sem a prévia oitiva do ora agravante.

24. Sustenta-se, quanto ao mérito propriamente dito deste Conflito, que a tese jurídica articulada pela *Petrobrás* adota premissas fáticas não condizentes com a moldura da contenda; a inaplicabilidade do princípio competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*); bem como de dispositivos que impedem as partes do Juízo Privado de provocar a Justiça Estatal para sobrestar o julgamento arbitral, de modo a se identificar a legitimidade do Estado para postular pela suspensão e anulação da arbitragem.

25. Afirma-se, ainda, que, em se tratando de direito indisponível a matéria objeto da RD 69/2014, à luz do art. 1o. da Lei n. 9.307/1996, não se submete esta à competência da Justiça Arbitral, conforme teria decidido a Justiça Federal da 2ª Região.

26. É o relatório.

VOTO VENCIDO

Ementa: Conflito de competência. Contrato de concessão firmado por Petrobras e ANP com cláusula compromissória. Eleição de Corte Arbitral. Ausência de direito indisponível. Legalidade da cláusula de eleição. Necessidade de se viabilizar a defesa de direitos lesados ou ameaçados do Estado do Espírito Santo, não signatário da cláusula compromissória. Reflexos no repasse da participação especial dos Estados. Inviabilidade de atuação do Estado-Membro perante Corte Arbitral que não elegeu. Princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º XXXV da CF/1988). Garantia de acesso à justiça e efetividade das decisões. Conflito conhecido para declarar a competência da Justiça Federal.

1. STJ já decidiu caber a este Tribunal o processamento e julgamento de conflitos existentes entre Juízos Estatais e Tribunais Arbitrais, conforme previsão do art. 105, I, g da CF/1988. Precedente da Corte Especial: CC 111.230/DF, Rel. Min. *Nancy Andrigli*, DJe 3.4.2014.

2. Discute-se a competência para sediar os debates em torno da validade e aplicabilidade da Resolução de Diretoria 69/2014, da ANP, considerando-se a existência de cláusula compromissória e consequente constituição de Tribunal Arbitral para dirimir controvérsias surgidas entre a *Petrobras* e a ANP sobre o tema, assim como a necessidade de se viabilizar a defesa dos interesses do *Estado do Espírito Santo*, não signatário da referida cláusula, e a suspensão do processo arbitral determinada pela Justiça Federal.

3. Do exame dos autos, verifica-se a previsão compromissória na cláusula 29 do Contrato de Concessão 48000.003560/97-49 (fls. 90/91), da qual se infere a precedência e prioridade das soluções amigáveis dos conflitos, submetidos à arbitragem naquilo que for passível de resolução nessa seara.

4. A suposta indisponibilidade dos direitos concernentes à delimitação de campo de petróleo, sustentada pela Justiça Federal para afastar o feito da competência da Justiça Privada, não se mantém, verificando-se do bojo dos autos (Nota Técnica 131/2013/SDP; Ofício 244/2014/SDP; e Resolução de Diretoria ANP 69/2014) seu caráter eminentemente patrimonial, evidenciando, ainda, sua dispensabilidade, pelo fato da alteração promovida ocorrer após mais de 15 anos do início da vigência do Contrato de Concessão, pelo que se deduz a ausência de imperatividade da medida.

5. O convívio harmônico dos Juízes arbitrais com os órgãos do Judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da Arbitragem. Na escala de apoio do Judiciário à Arbitragem, ressaí como aspecto essencial o da execução específica da cláusula compromissória, sem a qual a convenção de Arbitragem quedaria inócua (REsp 1.331.100/BA, Rel. Min. *Maria Isabel Gallotti*, Rel. p/ Acórdão Min. *Raul Araújo*, DJe 22.2.2016). Nesse diapasão, cite-se precedente da Suprema Corte: AgRg na SE 5.206/Espanha, Rel. Min. *Ellen Gracie*, julgado em 12.12.2001.

6. Para assegurar o equilíbrio e a correta conjugação e respeito da convivência harmônica das Cortes Arbitrais com o Poder Judiciário, não se pode afastar deste a apreciação de eventuais desrespeitos aos limites do instituto, ressaltando-se que a própria Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), no art. 33, prevê a possibilidade de controle jurisdicional ulterior a partir do requerimento da parte interessada.

7. Afastar de maneira absoluta a atuação do Poder Judiciário, nessa ocasião, retira do *Estado do Espírito Santo* qualquer meio de defesa de seus interesses, inviabilizando sua proteção. Não fazendo parte da relação processual constituída na Corte Arbitral, dela não pode participar, sendo impossível sua intervenção no processo. Contrariasse, desse modo, o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, plasmado no art. 5º XXXV da CF/1988, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, imperativo este que é compatível com a Lei n. 9.307/1996.

8. Uma solução ao presente Conflito de Competência que somente declarasse a validade da cláusula compromissória e afastasse integralmente a demanda da Jurisdição Estatal acarretaria indevido cerceamento do acesso à Justiça por parte do Ente Federado, constituindo em prestação jurisdicional deficitária, insuficiente e, por consequência, injusta.

9. O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 11-12).

10. Conflito conhecido para reconhecer a competência da *Justiça Federal*, ante à impossibilidade de se impor ao Ente Federado, não signatário da cláusula compromissória do contrato de concessão que se discute, qualquer reflexo de decisão de Corte Arbitral não eleita por ele.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator):

I - Preliminar de Mérito: Competência deste STJ para o Julgamento do Conflito.

1. Primeiramente, no tocante à competência desta Corte para apreciar o presente feito, reitera-se os fundamentos da decisão proferida às fls. 470/476, de minha lavra, em que foi consignado o entendimento deste STJ de que cabe a este Tribunal o processamento e julgamento de conflitos existentes entre Juízos Estaduais e Tribunais Arbitrais. Segue precedente da Corte Especial:

Processo Civil. Arbitragem. Natureza jurisdicional. Conflito de competência frente a Juízo Estatal. Possibilidade. Medida cautelar de arrolamento. Competência. Juízo Arbitral.

1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.

2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repete injusta.

3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei n. 9.307/1996, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a prolação de decisões conflitantes.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Arbitral (CC 111.230/DF, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 3.4.2014).

2. O Princípio da competência sobre a competência (*kompetenz kompetenz*), de origem alemã, traduz o entendimento que o juízo provocado é o primeiro a examinar sua própria competência, podendo, via de regra, repudiá-la de plano. Encontra abrigo para aplicação na Arbitragem no art. 20 da Lei n. 9.307/1996. Segue a redação:

Art. 20 - A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

3. A alusão a esse princípio pela Suscitante, por si só, não conduz à ausência de competência desta Corte para examinar eventuais conflitos havidos entre Juízos Estatais e Arbitrais. Com efeito, o art. 20 da Lei n. 9.307/1996 tem aplicação no âmbito da Própria Justiça Privada, que, provocada, pode acolher ou não a competência. Surgindo conflito positivo de competência com a Justiça Federal, recai sobre este STJ a responsabilidade para dirimir a questão, conforme o teor do art. 105, I, g da CF/1988:

Art. 105- Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

4. Frise-se não se estar diante de conflito entre duas Câmaras Arbitrais. Na presente ocasião, tem-se de um lado um Tribunal e de outro uma Corte Privada de solução de demandas, ambos avocando o exercício de atividade jurisdicional. Nessa ótica, faz-se possível o conhecimento do conflito, passando-se ao exame de seu mérito.

II - Mérito: Corte Arbitral Internacional X Justiça Federal.

5. Discute-se nos autos, em apertada síntese, a competência para sediar os debates em torno da validade e aplicabilidade da Resolução de Diretoria/ ANP 69/2014, considerando-se a existência de cláusula compromissória e consequente constituição de Tribunal Arbitral para dirimir controvérsias surgidas entre a *Petrobras* e a ANP sobre o tema, assim como a necessidade de se viabilizar a defesa dos interesses do *Estado do Espírito Santo*, não signatário da referida cláusula, e a suspensão do processo arbitral determinada pela Justiça Federal.

6. Extraí-se dos autos, às fls. 90/91, a referida disposição compromissória, prevista na cláusula 29 do Contrato de Concessão 48000.003560/97-49. Segue a redação no que interessa:

29.2. Fica eleito o foro da Cidade do Rio de Janeiro para resolver quaisquer dúvidas, controvérsias, conflitos ou pendências surgidos entre as partes em decorrência da execução ou da interpretação deste Contrato, que não possam ser solucionados de forma amigável ou por meio de arbitragem.

(...)

29.4 Observado o disposto no parágrafo 29.3.1, se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 29.3, então essa parte poderá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo, de acordo com os seguintes princípios:

(...).

7. Da leitura das declarações do ajuste aqui transcritas, infere-se a eleição da precedência e prioridade das soluções amigáveis dos conflitos, submetidos à arbitragem naquilo que for passível de resolução nessa seara.

8. Por sua vez, a Justiça Federal afastou o exame da legalidade da RD/ANP 69/2014 da competência da Justiça Privada com fundamento no art. 1o. da Lei n. 9.307/1996, segundo o qual *as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da Arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*. Com base nesse dispositivo, reputou indisponíveis os direitos concernentes à delimitação de campo de petróleo, que envolveria atividade fiscalizadora, decorrente de poder de polícia da Agência Reguladora, no caso, da ANP.

9. A Resolução de Diretoria em voga teve como objeto a realização de ajustes na Política Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, resolvendo, especialmente, *considerar como um único Campo, delimitado por uma mesma poligonal (ring fence), os campos de Baleia Anã, Baleia Azul, Baleia Franca, Cachalote, Caxaréu, Jubarte e Pirambu, designando-o Campo de Jubarte* (fls. 98). As conclusões e recomendações constantes da Nota Técnica 131/2013/SDP (fls. 117/118) descrevem o impacto e os efeitos financeiros da medida para a arrecadação de Participações Especiais e para a elevação das receitas governamentais.

10. Direito indisponível é aquele que impõe limites à vontade do próprio titular, que se vê privado da sua disposição, seja por expressa previsão em lei, ou por sua natureza inalienável.

11. Salvo melhor juízo, não se vislumbra a indisponibilidade do direito discutido no presente Processo Arbitral. As alterações definidas na RD/ANP 69/2014, analisadas pela Nota Técnica 131/2013/SDP, têm caráter eminentemente patrimonial, não se revelando inalienável ou impossível de se proceder e ajustar de maneira diversa. Tanto é que foi fruto de deliberação da Diretoria da ANP, no uso do poder discricionário.

12. Embora envolva interesse público, que se confundiria com um conceito mais vago de *ordem pública*, essa questão não deve ser tida como um óbice à aplicação da cláusula compromissória firmada entre a *Petrobras* e a ANP.

13. Com efeito, a consideração como um único Campo dos limites do Parque das Baleias não é medida indisponível ou de caráter indispensável e imprescindível à ordem pública, notadamente pelo fato de que as mudanças incidirão em Contrato de Concessão assinado em agosto de 1998, ou seja, com vigência superior a 15 anos na época do ato impugnado no Juízo Privado (RD/ANP 69/2014), sem que, até então, fosse determinante a adoção das medidas deliberadas na Resolução. Ou seja, passados mais de 15 anos sem que a medida fosse tida como essencial, não há plausibilidade em reconhecê-la agora como imperativa à ordem pública.

14. Nesse ponto, portanto, não há falar em ilegalidade da cláusula compromissória.

15. Apesar de não a considerar ilegal, sua aplicabilidade deve ser analisada com cautela, em razão da necessidade de se conjugar a eleição prevista na cláusula compromissória com as medidas processuais tradicionais fornecidas pelo Estado.

16. A necessidade de respeito à cláusula compromissória, como manifestação das partes envolvidas, já foi objeto de reflexão deste Superior Tribunal de Justiça, que oportunamente consignou que *o convívio harmônico dos Juízes arbitrais com os órgãos do Judiciário constitui ponto fundamental ao prestígio da arbitragem. Na escala de apoio do Judiciário à arbitragem, ressurte como aspecto essencial o da execução específica da cláusula compromissória, sem a qual a convenção de arbitragem quedaria inócua* (REsp 1.331.100/BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, DJe 22.2.2016).

17. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, desenvolveu o seguinte raciocínio acerca da necessidade de observância da cláusula compromissória:

Negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furtar-se à submissão à via expedita de solução da controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida essa previsão.

É dar ao recalcitrante o poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido consideração básica à formação da avença. É inegável que, no mundo acelerado em que vivemos, ter, ou não, acesso a fórmulas rápidas de solução das pendências resultantes do fluxo comercial, constitui diferencial significativo no poder de barganha dos contratantes (AgRg na SE 5.206/Espanha, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 12.12.2001).

18. O que se observa é a necessidade de se resguardar o acordo firmado na cláusula compromissória, preservando, no que for possível, a aplicação da Arbitragem, meio alternativo para a resolução de conflitos, importante para desafogar a jurisdição do Estado, consubstanciando solução muitas vezes mais célere e satisfatória aos envolvidos. Ocorre que, até mesmo para assegurar o equilíbrio e a correta conjugação e respeito da convivência harmônica das Cortes Arbitrais com o Poder Judiciário, não se pode afastar deste a apreciação de eventuais desrespeitos aos limites do instituto. Há, inclusive, previsão expressa no art. 33 da Lei n. 9.307/1996 de controle ulterior pela Justiça Estatal, a ser provocado pela parte interessada, quando considerar ilegal a sentença arbitral.

19. Por todo o exposto até aqui, poder-se-ia entender evidenciado que eventual controvérsia acerca da legalidade e aplicabilidade da RD/ANP 69/2014, no que for pertinente à Agência em relação à *Petrobras*, deve ser solucionada por meio do procedimento arbitral instaurado na *Corte Internacional de Arbitragem-ICC*, em conformidade com a cláusula 29 do Contrato de Concessão 48000.003560/97-49 (cláusula compromissória).

20. Dessa conclusão, no entanto, exsurgiria uma nova problemática. Os reflexos da solução que for dada à controvérsia no Juízo Privado em relação às alterações promovidas pela /ANP 69/2014 interferirão diretamente nos interesses do *Estado do Espírito Santo*, não signatário da referida cláusula e que, por esse motivo, não pode se submeter a ela.

21. Afastar a atuação do Poder Judiciário, nessa ocasião, retira do Ente Federado qualquer meio de defesa de seus interesses, inviabilizando sua proteção. Não fazendo parte da relação processual constituída na Corte Arbitral, dela não pode participar, sendo impossível sua intervenção no processo.

22. Alude-se, portanto, ao Princípio da inafastabilidade da jurisdição para proteger o direito de ação plasmado no art. 5º XXXV da CF/1988, segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

23. Em relação ao *Estado do Espírito Santo*, na presente hipótese, não foi conferida essa opção, sendo, por motivos óbvios, inviável presumir a sua anuência com a solução dos conflitos que lhe interessem por juízo privado, do qual não é parte para defender expectativa ou direito ameaçados ou lesados.

24. Discorrendo acerca da necessidade de garantia de acesso à justiça e a efetividade das decisões como ponto sensível para a consecução da missão social do processo, os eminentes Professores ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO E ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA corretamente afirmam:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa.

(...).

(...) Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça (Teoria Geral do Processo. Brasil: Malheiros, 2009, p. 39-41).

25. Sobre o tema, também vale a transcrição da lição dos ilustres Professores MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos (Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 11-12).

26. Uma solução ao presente Conflito de Competência que somente declarasse a validade da cláusula compromissória e afastasse a demanda da Jurisdição Estatal acarretaria indevido cerceamento do acesso à Justiça por parte do Ente Federado, constituindo em prestação jurisdicional deficitária, insuficiente e, por consequência, injusta.

27. Não se pretende declarar aqui a invalidade da cláusula. O que não se pode admitir é a sua aplicação em detrimento do manifesto interesse do *Estado do Espírito Santo* nas demandas que envolvem o Contrato de Concessão 48000.003560/97-49 e a RD/ANP 69/2014, que envolvem a definição dos valores devidos a título de participação especial, importante parcela do orçamento do Ente Federado.

28. Nesse contexto, da ponderação dos valores e princípios confrontados, sem ignorar a legitimidade e a importância da Arbitragem na solução de

conflitos, na hipótese em apreço, valendo-se do indispensável acesso à justiça a se franquear ao *Estado do Espírito Santo*, outra solução possível não há que não seja a de considerar a Justiça Federal como competente para o processamento e julgamento de processos que surjam em torno da RD/ANP 69/2014, ante o evidente interesse do Estado-membro nos reflexos sobre o repasse da participação especial dela decorrente.

29. Diante de todo o exposto, conhece-se do presente conflito para declarar a competência da *Justiça Federal*, dada a impossibilidade de se impor ao Ente Federado, não signatário da cláusula compromissória do contrato de concessão que se discute, qualquer reflexo de decisão de Corte Arbitral não eleita por ele.

30. É como penso. É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

(28.6.2017)

Ementa: Conflito positivo de competência. Corte Arbitral *versus* Juízo Federal. Impossibilidade de extensão subjetiva da cláusula compromissória. Art. 4º da Lei n. 9.307/1996. Convenção de Nova Iorque (recepção no Direito Brasileiro pelo Decreto n. 4.311/2002). Imprescindibilidade de inequívoca manifestação de vontade de aceitação do Juízo Arbitral. Doutrina especializada. Precedente Desta Corte Superior. Reiteração do voto de conhecimento do conflito para declarar competente a Justiça Federal.

1. Conforme disposto no art. 4o. da Lei n. 9.307/1996, a cláusula compromissória é a convenção através da qual *as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir*, relativamente a tal contrato. Desse modo, a vinculação ao compromisso arbitral é algo que *decorre direta e indispensavelmente da manifestação de vontade* de submissão ao juízo arbitral, medida não adotada pelo *Estado do Espírito Santo*, no presente caso.

2. O princípio da competência-competência restringe-se à prerrogativa do foro de eleição analisar questões relacionadas à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória. No Direito Internacional, apresenta dois modelos distintos de aplicação: o francês e o americano. Embora alinhada a legislação pátria ao modelo francês, a *Convenção de Nova Iorque-CNI*, da qual a República Federativa do Brasil é signatária

(Decreto n. 4.311/2002), estabelece diretrizes voltadas à adoção do sistema americano, mitigando a compreensão mais ampla conferida, em seu voto, pela eminente Ministra Regina Helena Costa ao aludido princípio.

3. A disposição do art. II, 3 da CNI, em especial, reconhece que o Poder Judiciário do Estado Signatário da convenção tem a prerrogativa de examinar a validade e extensão da cláusula compromissória, verificando se *tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável*. Não é outra a hipótese dos autos. Com efeito, *ao transbordar a esfera de direitos dos signatários, interferindo na de Entes que não pactuaram a eleição da arbitragem, a cláusula se revela inaplicável, inoperante e mesmo inexecutável, neste caso*.

4. A convenção arbitral, que produz efeitos contundentes, tem como contrapartida que demonstrar *cabal, clara e inequívoca vontade* dos contratantes de entregar a solução de litígio (atual ou futuro, não importa) à solução de árbitros. *O efeito severo de afastar a jurisdição do Estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido. A manifestação do consentimento dos interessados é essencial*. Lição do Professor Carlos Alberto Carmona. (Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei n. 9.307/1996, São Paulo: Atlas, 2009, p. 83).

5. A jurisdição estatal *não é afastada definitivamente pela cláusula compromissória e, principalmente, o seu cumprimento (da cláusula compromissória) não se eleva acima do interesse nacional de preservação de suas riquezas minerais*. Pode-se até dizer que *não existe interesse contratual que se sobreponha à soberania e nem haverá valor maior do que a sua afirmação (da soberania)*.

6. *A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem* (SEC 967/GB, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.3.2006).

7. A consensualidade, portanto, é elemento indispensável à validade da cláusula compromissória. Deriva da natureza própria dos negócios bilaterais, em que impera o princípio da relatividade, pelo qual os efeitos do ajuste serão produzidos exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros.

8. Adito os fundamentos do voto originário, reiterando a competência da Justiça Federal.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Conflito Positivo de Competência tendo como Suscitante a *Petróleo Brasileiro S/A-Petrobras* e como Suscitados o *Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional-CCI*, de Nova Iorque/Estados Unidos, o *Tribunal Regional Federal da 2ª Região* e o *Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro*.

2. Após voto de minha autoria proferido na sessão do dia 14.12.2016, conhecendo do conflito para declarar a competência da *Justiça Federal*, pediu vista a eminente Ministra *Regina Helena Costa*.

3. Na sessão do dia 26.4.2017, a ilustre Ministra trouxe seu importante voto inaugurador da divergência, conhecendo do conflito, porém compreendendo, em divergência comigo, ser competente o *Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional-CCI*, de Nova Iorque, Estados Unidos.

4. Nessa ocasião, a eminente Ministra adotou os seguintes argumentos gerais para fundamentar o seu voto: (a) as disposições dos arts. 8º e 20 da Lei n. 9.307/1996, conferem ao juízo arbitral a prerrogativa de deliberar sobre os limites de suas próprias atribuições, precedentemente a qualquer outro órgão julgador; e (b) a disponibilidade dos direitos patrimoniais objeto de contrato pela Administração permite a elaboração do compromisso arbitral.

5. Acerca da patrimonialidade dos direitos objeto de transação e regulamentação, respectivamente, neste caso, o Contrato de Concessão 48000.003560/97-49 e a RD/ANP 69/2014, *não há maior dissidência de entendimento*. O voto de minha lavra acompanha esse raciocínio, ressaltando o caráter patrimonial da avença (itens 11 a 14 do meu voto). No entanto, o reconhecimento da patrimonialidade dos direitos que constituem o objeto daqueles instrumentos jurídicos *não significa, nem de longe, que se trate de bens que possam ser transacionados, onerados, alienados ao talante da entidade incumbida da sua gestão, no caso, a Petrobrás S.A., porque se trata de bens e direitos titulados pela União Federal*.

6. Os recursos minerais de qualquer espécie ou natureza constituem *patrimônio nacional*, reservados à tutela da soberania brasileira. A atuação prospectiva desses recursos e a gestão de sua exploração econômica, *mesmo*

atribuídas à Petrobrás S.A., não ficam, por essa só razão, à plena disposição das decisões da empresa petrolífera. E assim é porque, além de ser patrimônio nacional, inalienável e estratégico, o petróleo explorado economicamente produz participações financeiras em benefício de outros Entes Federativos, Estados e Municípios Brasileiros, que não estão subordinados à Petrobrás S.A., não são caudatários dos seus interesses e, sobretudo, não são signatários do tal pacto compromissório de arbitragem.

7. Sem querer recuperar um *raciocínio nostálgico*, que foi apanágio da grande luta *o petróleo é nosso*, da década de 50, no século passado, penso que é conveniente sublinhar que *a preservação dessa riqueza não deve ficar vulnerável a deliberações empresariais que desconsiderem outros aspectos igualmente estratégicos*. Neste caso, é preciso levar em conta que as entidades partícipes da divisão dos resultados positivos da exploração petrolífera, os Estados e Municípios, *precisam ter acesso a meios jurídicos eficazes na defesa dos seus interesses, direitos e patrimônios*.

8. Não é possível deixar de assinalar que essas entidades periféricas do sistema federativo, cujos orçamentos são abastecidos com recursos oriundos da exploração petrolífera, *estão fora do pacto compromissório*, isso porque, a Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996), no seu art. 4º, institui claramente que *somente os signatários da avença compromissória se vinculam aos seus termos e, portanto, ao juízo arbitral*. Fora desse vínculo, deve prevalecer o juízo estatal.

9. De acordo com o sentido desse artigo de lei, a vinculação ao compromisso arbitral é algo que *decorre direta e indispensavelmente da manifestação de vontade*, no caso, da vontade de submissão ao juízo arbitral. E isso o *Estado do Espírito Santo* não fez, neste caso.

10. Em que pese a notável fundamentação da eminente Ministra, no que tange ao ponto de real divergência, esta não reflete, a meu ver, a melhor interpretação do chamado *princípio da competência-competência*, originário da doutrina alemã, que preconiza que o órgão julgador é competente para dizer a latitude de sua própria competência. Mas isso é de importância menor, neste caso, ao meu ver.

11. Primeiramente, porque, como dito, essa interpretação é contrária à própria letra da Lei n. 9.307/1996, veiculadora da regulamentação da Arbitragem no Brasil. Conforme disposto no art. 4º. do referido diploma, *a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato*.

12. Observe-se que a norma restringe o comprometimento de observância da cláusula compromissória *somente às partes signatárias*, dentro dos limites do contrato firmado entre elas. Não há infringência à lei quando a parte interessada, no caso o *Estado do Espírito Santo, não signatária do ajuste*, busca o respaldo do Poder Judiciário para resguardar o seu direito. Enfim, não pode a Corte Arbitral impor a sua jurisdição ao Ente que não fora, nem ao menos, consultado da pactuação e, muito menos, é parte nesse compromisso.

13. O princípio da competência-competência restringe-se à prerrogativa do foro de eleição analisar questões relacionadas à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória. No Direito Internacional, apresenta dois modelos distintos de aplicação, o francês e o americano.

14. A metodologia adotada na França estabelece que a competência deve ser verificada inicialmente pelo árbitro eleito, com possível controle jurídico, *a posteriori*, pelo Magistrado. Por sua vez, o modelo estadunidense, assentado no julgamento do caso *Prima Paint v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* (1967) pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, *estabelece a competência do Poder Judiciário para apreciar a validade da cláusula e demais temas correlatos*.

15. Isso quer dizer, ao meu sentir, que a jurisdição estatal *não é afastada definitivamente pela cláusula compromissória e, principalmente, que o seu cumprimento (da cláusula compromissória) não se eleva acima do interesse nacional de preservação de suas riquezas minerais*. Pode-se até dizer que *não existe interesse contratual que se sobreponha à soberania e nem haverá valor maior do que a sua afirmação*.

16. Embora a Lei n. 9.307/1996 aponte para a incidência do modelo francês no território brasileiro, a Convenção de Nova Iorque-CNI, da qual a República Federativa do Brasil é signatária (Decreto n. 4.311/2002), estabelece diretrizes voltadas à adoção do sistema americano, mitigando a compreensão mais ampla conferida pela eminente Ministra *Regina Helena Costa* ao princípio competência-competência.

17. Destacam-se da CNI as seguintes regras limitatórias à ampla competência da Corte Arbitral:

Artigo II

3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, *a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável*.

(...).

Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

(...).

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada;

18. A disposição do art. II, 3 da CNI, em especial, reconhece que o Poder Judiciário do Estado signatário da convenção tem a prerrogativa de examinar a validade e extensão da cláusula compromissória, verificando se ***tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável***. Não é outra a hipótese dos autos. Com efeito, *ao transbordar a esfera de direitos dos signatários, interferindo na de Entes Estatais Internos que não pactuaram a eleição da arbitragem, a cláusula se revela inaplicável, inoperante e mesmo inexecutável*.

19. Sobre o tema, em seus estudos acerca da extensão subjetiva da convenção de arbitragem, leciona o ilustre Professor CARLOS ALBERTO CARMONA:

A convenção arbitral, que produz efeitos contundentes, tem como contrapartida que demonstrar *cabal, clara e inequívoca vontade* dos contratantes de entregar a solução de litígio (atual ou futuro, não importa) à solução de árbitros. *O efeito severo de afastar a jurisdição do Estado não pode ser deduzido, imaginado, intuído ou estendido. O consentimento dos interessados é essencial* (Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei n. 9.307/96, São Paulo: Atlas, 2009, p. 83).

20. A propósito da indispensabilidade do consentimento para a submissão à arbitragem, colhe-se precedente deste Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. SEC - Sentença Estrangeira Contestada. Homologação. Descabimento. Eleição do Juízo Arbitral. *Ausência de manifestação expressa da parte requerida*. Ofensa a princípio de ordem pública. Indeferimento do pedido de homologação.

1. *Plexus Cotton Limited*, sociedade constituída e existente de acordo com as leis da Inglaterra, com sede em Liverpool, Inglaterra, requer a homologação de *Sentença Arbitral Estrangeira*, proferida por *Liverpool Cotton Association - LCA*, que condenou *Santana Têxtil Ltda.* a pagar à requerente a quantia de U\$D 231.776,35 (duzentos e trinta e um mil, setecentos e setenta e seis dólares e trinta e cinco centavos), além de determinar o faturamento de parte da mercadoria ou o equivalente a 2.204.600 libras líquidas, em razão de descumprimento de contrato firmado entre as partes.

2. Na hipótese em exame, consoante o registrado nos autos, não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do Juízo arbitral, uma vez que não consta a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral.

3. *A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados arbitragem.*

4. No caso em exame, não houve manifestação expressa da requerida quanto à eleição do Juízo Arbitral, o que impede a utilização desta via jurisdicional na presente controvérsia.

5. Pedido de homologação a que se nega deferimento (SEC 967/GB, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.3.2006).

21. A consensualidade, portanto, é elemento indispensável à validade da execução da cláusula compromissória. Deriva da natureza própria dos negócios bilaterais, em que impera o princípio da relatividade, pelo qual os efeitos do ajuste serão produzidos exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros.

22. A doutrina e a jurisprudência internacionais admitem a mitigação do princípio da relatividade e a consequente expansão dos efeitos da arbitragem a não-signatários, *em hipóteses relacionadas a grupos econômicos ou de tentativa de se evadir da responsabilidade por descumprimento contratual, escondendo-se por trás da personalidade jurídica da Empresa* (disregard doctrine). Nessas ocasiões, busca-se *repreender a suposta má-fé do grupo para fazer valer o que foi livremente pactuado pelos contratantes*. Não é esta a hipótese dos presentes autos, porquanto **o Estado do Espírito Santo não guarda para com as partes (Petrobrás S.A. e ANP) qualquer grau de subordinação ou posição hierárquica inferior, não se confundindo, a rigor, os interesses econômicos envolvidos.**

23. Ademais, apesar da previsão, na avença, de participação de partes não-signatárias no procedimento arbitral, cuja possibilidade é, de fato, amplamente aceita na doutrina pátria, essa circunstância não é suficiente para afastar a ilegalidade causada pela imposição ao Ente estatal de abster-se da defesa de seus direitos perante o Poder Judiciário, pressuposto esse plasmado no art. 5º XXXV da CF/1988, segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

24. Ante o exposto, reiterando e aditando os fundamentos do meu voto originário, *conheço do conflito para determinar a competência da Justiça Federal*, dada a impossibilidade jurídica de se impor ao Ente Estatal Federado (neste caso, o Estado do Espírito Santo), *não signatário da cláusula compromissória do contrato de concessão que se discute*, qualquer reflexo de decisão de Corte Arbitral não eleita por ele. É como adito o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de conflito positivo de competência suscitado por **Petróleo Brasileiro S/A Petrobrás**, em face do *Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional*, do *Tribunal Regional Federal da 2ª Região* e do *Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro*, figurando como interessados a *Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP*, o *Estado do Espírito Santo* e o *Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis - IBP*, este na qualidade de *amicus curiae*.

A Suscitante sagrou-se vencedora na Rodada Zero de Licitações da ANP e arrematou uma série de pequenos campos de petróleo, celebrando contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no denominado Parque das Baleias - Termo Contratual n. 48000.003560/97-49 (fls. 44/95e).

Após dezesseis anos de vigência do contrato, em 05.02.2014, a ANP proferiu decisão administrativa, por sua diretoria e editou a Resolução RD n. 69/2014 (fls. 96/99e), atingindo diretamente o mencionado contrato, em sua cláusula econômica, com a unificação de todos os campos anteriormente arrematados, criando um único grande campo de petróleo (Campo de Jubarte) e, consequentemente, elevando “substancialmente as receitas governamentais, sem, contudo, inviabilizar economicamente o projeto (vide VPL), além de fazer

migrar o *Government Take - GT (%)* de um patamar de 49,8%, na Alternativa 1 (campos desagregados), para 58,8%, na alternativa 3 (campos unificados)” (fls. 07/08e).

A fim de solucionar a controvérsia provocada pela ANP, com a edição da Resolução n. 69/2014, a *Petrobrás* deflagrou, com amparo no Contrato de Concessão (cláusula vigésima nona, item 29.4 - fl. 91e), em 17.04.2014, a instauração de procedimento arbitral em face da ANP, perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI e, após sua instalação, requereu, neste incidente, medida liminar de suspensão da Resolução n. RD 69/2014, a qual foi deferida até ulterior deliberação dos árbitros (fls. 349/357e e fls. 456/464e).

Em sua decisão, o Senhor Relator preservou a competência do Tribunal Arbitral, obstando, até o julgamento deste conflito, medidas ou providências de natureza emergencial, urgente ou acauteladora, determinando, igualmente, que todas as ações judiciais e/ou procedimentos administrativos vinculados ao objeto deste Conflito, instaurados ou que venham a ser instaurados contra a *Petrobrás*, movidas pela ANP e pelo Estado do Espírito Santo, sejam imediatamente paralisados, suspensos e sobrestados (fls. 470/476e).

Tendo em vista a informação de descumprimento de tal decisão, a Suscitante requereu fossem oficiados, além da Diretoria Geral, as Superintendências de Exploração, de Desenvolvimento e de Produção e de Participações Governamentais, para que a ANP se abstivesse de implementar as alterações pretendidas e ora impugnadas (fls. 510/514e), pleito deferido pelo Senhor Relator (fls. 542/544e).

O Estado do Espírito Santo e a ANP, na qualidade de terceiros interessados, interpuseram agravos regimentais (fls. 549/627e e fls. 631/809e).

Intimada, a Agravada *Petrobrás* (fl. 813e), apresentou impugnação (fls. 817/833e).

Em sequência, o Senhor Relator suspendeu a decisão agravada, determinando que a *Petrobrás* e a ANP “adotem e façam adotar no domínio das respectivas atribuições administrativas, todas as medidas necessárias à liberação imediata do que devido for ao *Estado do Espírito Santo*, sem mais demora, e sem protelações burocráticas, ou seja, com prioridade absoluta” (fls. 888/891e) e deu provimento ao agravo regimental do Estado Membro, para determinar a liberação dos valores a ele pertencentes (fls. 888/891e). Assim, restou pendente de julgamento apenas o agravo regimental da ANP (fls. 631/809e).

Opostos embargos de declaração pela *Petrobrás* (fls. 896/911e), foram acolhidos sem efeitos infringentes, tão somente para esclarecer que “a liberação dos valores que pertencem ao *Estado do Espírito Santo* limita-se ao pagamento das participações governamentais estaduais incontroversas (cálculos da produção por campo individualizadamente), conforme definido em contrato de licitação dos poços em operação, afastada a sua unificação em uma só unidade de produção, em outros termos, a *Petrobrás* e a ANP não deverão suspender qualquer pagamento, cobrança ou distribuição de participação especial ao *Estado do Espírito Santo* no que tange ao valor incontroverso” (fls. 938/940e).

Rejeitados novos embargos de declaração opostos pela ANP (fls. 1.185/1.188e e fls. 1.185/1.188e).

O Estado do Espírito Santo interpôs, então, agravo regimental (fls. 1.208/1.385e), pleiteando o não conhecimento do presente conflito de competência.

O Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis - IBP, por seu turno, requereu seu ingresso como *amicus curiae* (fls. 1.432/1.527e), deferido às fls. 1.544/1.545e.

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento do conflito e, no mérito, pela declaração da competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre a cláusula arbitral (fls. 1.196/1.206e).

Na sessão de 14.12.2016, o Senhor Relator, Ministro Napoleão, votou no sentido de conhecer do conflito, declarando competente para apreciar a pretensão o Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Solicitei vista dos autos para analisá-los com maior detença, face ao ineditismo da controvérsia.

I - Da Admissibilidade do Conflito de Competência

Trata-se de conflito positivo objetivando definir a competência para decidir acerca da “existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória (Arbitral) (fl. 91e) do Contrato de Concessão firmado entre a *Petrobrás* e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural - Termo Contratual n. 48000.003560/97-49 (fls. 44/95e) - no território do Estado do Espírito Santo, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela ANP por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014 (fl. 98e)”.

Inicialmente, relevante lembrar que a atividade de arbitragem possui natureza jurisdicional.

Em comentários à Lei n. 9.307/1996, ensina Carlos Alberto Carmona:

O art. 32 [da Lei n. 9.307/1996] afirma que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial.

O legislador optou, assim, por adotar a tese jurisdicional da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator e emperramento da arbitragem. Certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver a atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita. Para rebater tal idéia tacanha de jurisdição, não há lição mais concisa e direta que a de Giovanni Verde: ‘A experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a idéia de que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes.

(...)

O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo legal e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem.”

(*Arbitragem e Processo*, São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, pp. 45/46 - destaque meu).

Assim também doutrina Humberto Theodoro Júnior:

Se, no regime anterior à Lei n. 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística.

(...)

Nossa lei atual, destarte, abraçou a teoria publicística da natureza jurídica da arbitragem, ao imprimir à sentença arbitral força obrigacional, com os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário (...) para justificar a natureza jurisdicional do juízo arbitral, se vale de dois dispositivos da Lei de Arbitragem: (i) o art. 18, que tem comando similar ao do art. 515, VII, da lei processual, e (ii) o art. 31, que equipara a decisão desse juízo à sentença proferida pelo juiz de direito.

(Curso de Direito Processual Civil, Rio de Janeiro: Forense, 50ª ed., 2016, pp. 593/594).

Ressalte-se que a análise da natureza jurídica da arbitragem é objeto de precedentes desta Corte.

Nos Conflitos de Competência n. 111.230/DF e 146.939/PA, a 2ª Seção reconheceu a *natureza jurisdicional da atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem*, em acórdãos assim ementados:

Processo Civil. Arbitragem. Natureza jurisdicional. Conflito de competência frente a Juízo Estatal. Possibilidade. Medida cautelar de arrolamento. Competência. Juízo Arbitral.

1. *A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.*

2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repute injusta.

3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei n. 9.307/1996, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a prolação de decisões conflitantes.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Arbitral.

(CC 111.230/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 08.05.2013, DJe 03.04.2014 - destaque meu).

Conflito de competência positivo. Juízo Arbitral e Juízo Estatal. Possibilidade, em tese, de configuração de conflito de competência. Entendimento sufragado pela Segunda Seção do STJ. Contrato de franquia, com cláusula compromissória arbitral. Juízo Estatal que determina, no bojo de ação judicial, a exclusão/extinção de procedimento arbitral anteriormente instaurado para o deslinde de controvérsia advinda do mesmo contrato (envolvendo as mesmas partes signatárias, com discussão se houve ou não cessão de posição contratual de terceiro franqueado). Conflito conhecido para reconhecer a competência do Juízo Arbitral.

1. De acordo com o atual posicionamento sufragado pela Segunda Seção desta Corte de Justiça, compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão jurisdicional estatal, partindo-se, naturalmente, do pressuposto de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui natureza jurisdicional.

1.1 O conflito positivo de competência afigura-se caracterizado, não apenas quando dois ou mais Juízos, de esferas diversas, declaram-se simultaneamente competentes para julgar a mesma causa, mas também quando, sobre o mesmo objeto, duas ou mais autoridades judiciárias tecem deliberações excludentes entre si.

2. O Juízo da 2ª Vara Cível e Empresarial de Belém/PA, a despeito da existência de cláusula compromissória arbitral inserta no contrato de franquia estabelecido entre Partout Administração e *To Be kids*, a vincular, no mínimo, as partes signatárias (pairando, é certo, controvérsia sobre a ocorrência de cessão de posição contratual por parte de *Toys*), entendeu, diversamente do Juízo arbitral, pela não instauração da competência do Juízo arbitral, inclusive com a determinação de extinção do feito ali iniciado.

3. Tem-se por configurado o conflito positivo de competência, na medida em que, sobre o mesmo objeto (no caso, a definição acerca da instauração da competência do Juízo arbitral), dois ou mais Juízos, de esferas distintas, tecem deliberações excludentes entre si, a considerar que, por lei, a questão deve ser precedentemente decidida por um deles (no caso, o Juízo arbitral).

4. É de se reconhecer a inobservância do art. 8º da Lei n. 9.307/1996, que confere ao Juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da *Komptenz Komptenz*, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo arbitral.

(CC 146.939/PA, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 23.11.2016, DJe 30.11.2016).

Nesse contexto, adoto o entendimento de que a arbitragem ostenta natureza jurisdicional e, assim, estabelecido o conflito entre Juízo Arbitral e órgão jurisdicional estatal, a competência para dirimí-lo é desta Corte Superior.

Desse modo, deve ser conhecido o conflito de competência, pelo que acompanho, nesse aspecto, o Sr. Relator.

Passo ao exame do mérito.

II – Breve Panorama Normativo dos Meios Alternativos de Solução de Conflito e, particularmente, da Arbitragem

O Código de Processo Civil, (Lei n. 13.105/2015), em seu art. 3º, § 2º, trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, nos seguintes termos:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. (destaques meus).

Inaugurando uma nova era no regramento da resolução de conflitos, a solução consensual ora configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la.

Nessa linha, a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem “a solução consensual tornou-se “dever do Estado - logo o Estado também deverá tomar medidas que criem nos litigantes a necessidade de tentar a conciliação. Evidentemente, o juiz, como órgão do Estado, também deve estar atento para a ênfase que deve ser dada à solução consensual, colocando-a em pauta sempre que acreditar necessário” (*Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 16ª ed., 2016, p. 202).

Portanto, cabe ressaltar que, em regra, há precedência da utilização dos métodos alternativos à atuação jurisdicional do Estado para solução de controvérsias. E, se assim é, à Administração Pública não pode ser negada tal possibilidade.

Com efeito, sintonizada com essa disciplina, a Lei n. 13.140, de 26.06.2015, editada posteriormente ao Código de Processo Civil e à modificação implementada na Lei de Arbitragem (Lei n. 13.129/2015), estabeleceu o marco da mediação como solução de controvérsias e, observados os princípios previstos em seu art. 2º, faculta às entidades que compõem a Federação a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, a serem instituídas no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, para dirimirem conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública e, por meio de composição, promover a resolução de conflitos entre particulares e pessoa jurídica de direito público (art. 32).

No que toca especificamente à arbitragem, regrada pela Lei n. 9.307/1996, cumpre observar que a Lei n. 13.129, de 26.05.2015, introduziu em seu regime jurídico importantes inovações, com destaque para os *princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória* (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).

O Código de Processo Civil de 2015, por seu turno, a par de permitir arbitragem, na forma da lei, como já apontado (Art. 3º, § 1º), preceitua tratar-se de faculdade da parte sua utilização (art. 42); prevê a carta arbitral, para que o Judiciário pratique ou determine o cumprimento, em sua área de competência territorial, pedido de cooperação judiciária formulado por tribunal arbitral (arts. 237, IV e 260, § 3º); impõe ao réu, antes de discutir o mérito, apontar a convenção de arbitragem (art. 337, X) e, ao magistrado, o dever de extinguir o processo sem resolução de mérito se “acolher alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência” (art. 485, VII); e, ainda, atribui à sentença arbitral a natureza de título executivo judicial (art. 515, VII).

Relembre-se, também, que, na seara do Direito Público, a Lei n. 8.987/1995, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, na redação dada pela Lei n. 11.196/2005 estabelece:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de *mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem*, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (destaque meu).

Assinale-se que outros diplomas legais, igualmente, fazem referência a mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

A Lei n. 9.478/1997, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e instituiu a ANP, estatui que o contrato de concessão deve trazer “regras de solução de controvérsia, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional” (Art. 43, X)

Destaco por oportuno, a alteração legislativa promovida pela Lei n. 13.129/2015, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/1996, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei n. 13.129, de 2015).

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei n. 13.129, de 2015).

Por derradeiro, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, incidentalmente, a constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996, asseverou que a arbitragem representa uma faculdade da parte absolutamente capaz sobre direito disponível e, quando instituída a arbitragem, cessa a jurisdição estatal, impondo-se a competência dos árbitros, o que, decerto, não representa violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) (*v.g.* STF - SE n. 5.206, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001 e DJ 30.04.2004).

III - Da Fixação do Juízo Competente

Por primeiro, cabe remarcar a essencial distinção entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral: a primeira decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição da República); a segunda, por sua vez, emana da vontade dos contratantes.

Ensina Francisco José Cahali que a arbitragem, “ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma cláusula contratual, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia de uma sentença judicial” (*in Curso de Arbitragem*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2016, p. 115).

A mencionada alteração legislativa quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 9.307/1996, incluídos pela Lei n. 13.129/2015, determina que a Administração Pública poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Ademais, dispõem os arts. 3º, 4º e 5º da Lei n. 9.307/1996:

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

(...)

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

O Senhor Ministro Relator, ao reconhecer a competência da Justiça Federal no conflito em exame, lastreou seu voto em dois fundamentos: *i)* o direito controvertido, objeto da Resolução da Diretoria da ANP n. 69/2014 (fls. 96/99e), que alterou substancialmente o Contrato de Concessão de Exploração de campo de petróleo e gás (fls. 44/95e), é direito patrimonial indisponível; e *ii)* a impossibilidade de se impor ao Estado do Espírito Santo, não signatário da cláusula compromissória do contrato de concessão, algum efeito de decisão de Corte Arbitral não pretendida por ele.

Com relação ao primeiro ponto, concluiu o Senhor Ministro Relator que o direito controvertido, objeto da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014 (fls. 96/99e), que alterou substancialmente o Contrato de Concessão de Exploração de campo de petróleo e gás (fls. 44/95e), por configurar direito patrimonial indisponível, não seria apreciável na seara da arbitragem, pelo que reconheceu a competência da Justiça Federal.

No entanto, peço licença para divergir de tal raciocínio.

Isso porque revela-se a necessidade de observância dos arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/1996, que conferem ao juízo arbitral a medida de competência mínima, veiculada no *princípio da competência-competência*, cabendo-lhe, assim, deliberar sobre os limites de suas atribuições, *precedentemente a qualquer outro órgão julgador*, bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.(

(...)

Art. 20. *A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.*

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, *reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.*

§ 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, *sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.* (destaques meus).

Exsurge, desse modo, que a Lei n. 9.307/1996, na redação dada pela Lei n. 13.129/2015, estabelece haver *precedência da arbitragem em relação à jurisdição estatal, submetendo-a ao controle desta:*

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

Sublinhe-se, ainda, o teor da cláusula compromissória, prevista no parágrafo 29.4, do Contrato de Concessão firmado entre a *Petrobrás* e a ANP, que dispõe:

Observado o disposto no parágrafo 29.3.1, se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de uma disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 29.3, então essa parte poderá submeter essa disputa ou controvérsia a arbitragem, dando início ao processo respectivo, de acordo com os seguintes princípios: (...) (fls. 44/95e).

Desse modo, caracterizado o conflito, convencionaram as partes que o litígio deverá ser submetido à arbitragem.

Nas palavras de Candido Rangel Dinamarco, “é a competência do próprio árbitro para em primeiro lugar decidir sobre a concreta existência da jurisdição

arbitral” (*in A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 94).

No caso em tela, instaurado o Juízo Arbitral, haverá a análise da competência por aquele Juízo, nos termos do determinado na Convenção Arbitral (fls. 349/357e):

7. A primeira fase [“Fase 1”] abordará:

- a. Arbitrabilidade objetiva da demanda e competência do Tribunal Arbitral ou da Justiça Federal brasileira para conhecer do mérito da demanda;
- b. Necessidade ou desnecessidade de participação de partes não-signatárias no procedimento arbitral;
- c. Definição do Conceito de “Campo de Petróleo” para fins de solução da demanda;
- d. Papéis da Agência Reguladora e do Concessionário na delimitação do “ring-fence” de um campo de petróleo.

Sobre esse aspecto, vale recordar que o Supremo Tribunal Federal firmou, há muito, entendimento acerca do cabimento e da precedência da arbitragem envolvendo a Administração Pública, em julgado emblemático - o denominado Caso Lage:

Incorporação. Bens e direitos das empresas Organização Lage e do espólio de Henrique Lage. Juízo Arbitral. Clausula de irrecorribilidade. Juros de mora. Correção monetária.

1. Legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

2. Legitimidade da clausula de irrecorribilidade da sentença arbitral, que não ofende norma constitucional.

(...)

5. Agravo de instrumento a que se negou provimento.

(STF; Pleno; Relator Ministro Bilac Pinto, j. 14.11.1973, RTJ 68/382).

No mesmo sentido, precedentes desta Corte Superior:

Homologação de sentença estrangeira. Cláusula arbitral constante de contrato celebrado no exterior, sob expressa regência da lei estrangeira. Pedido de arbitragem formulado no exterior. Ações de nulidade da cláusula arbitral, movidas pela requerida no exterior e no Brasil. Precedente trânsito em julgado da sentença

estrangeira homologada que afastou nulidade da cláusula arbitral, determinou a submissão à arbitragem e ordenou, sob sanção penal, a desistência do processo brasileiro. Posterior trânsito em julgado da sentença nacional, declarando a nulidade da cláusula arbitral. Jurisdições concorrentes. Prevalência da sentença que primeiro transitou em julgado, no caso a sentença estrangeira. Conclusão que preserva a cláusula arbitral, celebrada sob a expressa regência da legislação estrangeira. Preservação do princípio da “kompetenz kompetenz”. Deferimento, em parte, da homologação, excluída apenas a ordem de desistência do processo nacional e a sanção penal, ante a ofensa à ordem pública pela parte excluída.

1.- Tratando-se de jurisdições concorrentes, a estrangeira e a nacional, em que discutida a mesma matéria, isto é, a validade de cláusula arbitral constante de contrato celebrado no exterior sob expressa regência da legislação estrangeira, prevalece a sentença que primeiro transitou em julgado, no caso a sentença estrangeira.

2.- Conclusão, ademais, que preserva a opção pela solução arbitral, expressamente avençada pelas partes.

3.- Ante a cláusula arbitral, de rigor a submissão da alegação de nulidade primeiramente ante o próprio tribunal arbitral, como resulta de sentença estrangeira homologanda, que atende ao princípio “Kompetenz Kompetenz”, sob pena de abrir-se larga porta à judicialização nacional estatal prematura, à só manifestação unilateral de vontade de uma das partes, que, em consequência, teria o poder de, tão somente “ad proprium nutum”, frustrar a arbitragem avençada.

4.- Impossibilidade de homologação de parte da sentença estrangeira que determina a desistência, sob sanção, de ação anulatória movida no Brasil, dada a preservação da concorrência de jurisdição.

5.- Sentença estrangeira parcialmente homologada, para a submissão das partes ao procedimento arbitral, afastada, contudo, a determinação de desistência, sob pena de multa, da ação movida no Brasil.

(SEC 854/EX, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 16.10.2013, DJe 07.11.2013).

Processo Civil. Convenção arbitral. Violação ao art. 535 do CPC não configurada. Análise da validade de cláusula compromissória “cheia”. Competência exclusiva do juízo convencional na fase inicial do procedimento arbitral. Possibilidade de exame pelo Judiciário somente após a sentença arbitral.

(...)

3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica (“em branco”) -, o que se nota é uma alternância de

competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem.

4. No caso dos autos, desponta incontestemente a eleição da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB) como tribunal arbitral para dirimir as questões oriundas do acordo celebrado, o que aponta forçosamente para a competência exclusiva desse órgão relativamente à análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito, consoante implementado de forma escorreita pelo magistrado de piso.

Precedentes da Terceira Turma do STJ.

5. Recurso especial provido.

(REsp 1.278.852/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.05.2013, DJe 19.06.2013).

No que tange à *disponibilidade ou indisponibilidade do direito patrimonial objeto do contrato de concessão* (fls. 44/95e), impende analisar-se o tema da convivência de direito patrimonial disponível da Administração Pública com o *princípio da indisponibilidade do interesse público*.

O interesse público é sempre indisponível porque é de titularidade da coletividade, e não do Poder Público, consoante a sempre lembrada doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

(Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 76).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, apresenta lapidar lição acerca da *indisponibilidade do interesse público e da existência de direito disponível da Administração*:

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração tem o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. (...) Fica muito claro no dispositivo que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa.

(...)

O princípio da indisponibilidade do interesse público não se confunde com a ideia de direitos patrimoniais indisponíveis; o interesse público é sempre indisponível; os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis.

(...)

É possível nas empresas estatais que exercem atividade econômica, com fundamento no artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, já que o dispositivo prevê a sujeição dessas empresas ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

(...)

Portanto, é correto afirmar que o interesse público é indisponível. Mas isto não significa que todos os direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, sejam indisponíveis. Por vezes, a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de maior interesse da coletividade do que a sua preservação.

(...)

Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes de uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a Administração possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica.

(Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense. 29ª ed. 2016. pp. 1.019/1.029 - destaques meus).

Acresça-se a clássica doutrina de Eros Roberto Grau, que distingue duas formas de atividade econômica do Estado - atividade econômica em sentido estrito e serviço público, como segue:

Qualquer forma de atuação ou de translação da titularidade de bens pode ser economicamente mensurável, do que qualquer atuação do Estado de forma direta e participativa acaba por ser uma atividade econômica em sentido amplo e, portanto, disponível.

(A ordem econômica na constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, 14ª ed., pp. 99/101).

Em consequência, sempre que a Administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público.

Nessa linha de raciocínio, a advertência de Marçal Justem Filho:

O argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim como a *Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio contratual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contratos administrativos.*

(Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 11. ed., 2015, p. 824/825 - destaques meus).

De todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, não desatende ao interesse público, nem renuncia ao seu atendimento.

Diversamente, ao assim agir, prestigia o princípio da indisponibilidade do interesse público, desdobramento que é do *sobreprincípio da supremacia do interesse público sobre o particular.*

Assim orienta-se a jurisprudência estampada nos julgados assim ementados:

Processo Civil. Recurso especial. Licitação. Arbitragem. Vinculação ao edital. Cláusula de foro. Compromisso arbitral. Equilíbrio econômico financeiro do contrato. Possibilidade.

(...)

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação

do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. *A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.*

10. *A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.*

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.

(REsp 904.813/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.10.2011, DJe 28.02.2012 - destaques meus).

Processo Civil. Juízo Arbitral. Cláusula compromissória. Extinção do processo. Art. 267, VII, do CPC. Sociedade de economia mista. Direitos disponíveis.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. *São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.*

4. Recurso especial provido.

(REsp 606.345/RS, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 17.05.2007, DJ 08.06.2007, p. 240 - destaque meu).

Cabe, ainda, mencionar que no caso em apreciação a arbitragem não impossibilita o acesso à Justiça pelo Estado-Membro, porquanto a cláusula 7 dos termos da Convenção Arbitral, fixando a análise da competência do Juízo Arbitral na primeira fase, prescreve que será decidida a “necessidade ou

desnecessidade de participação de partes não-signatárias no procedimento arbitral” (fl. 350e).

Ademais, como bem anota Humberto Theodoro Júnior, há possibilidade da intervenção de terceiros não signatários da convenção na arbitragem:

A formação de litisconsórcio não pode ser banida do campo arbitral, visto que ali, tanto como no processo comum, poderão estar em jogo situações em que a lei exige a observância do cúmulo subjetivo. Basta ressaltar os frequentes negócios plurissubjetivos e, principalmente, os complexos negociais formados por cessão de direitos ou por contratos conexos (ou complexos) (...). A legitimidade das partes para o procedimento arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais. A única via de legitimação, ativa ou passiva, para quem queira participar ou seja chamado a participar da arbitragem condiciona-se à própria convenção arbitral. Pouco importa, portanto, seja necessário ou facultativo o litisconsórcio. Sua formação só será admissível, de forma cogente, entre os que celebraram a convenção arbitral. Assim, se todos os que devem ser litisconsortes são aderentes à convenção arbitral, tudo se desenvolverá dentro da força contratual.”

(Arbitragem e Terceiros - Litisconsórcio Fora do Pacto Arbitral. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, ano IV, n. 14, pp 378/379).

Nessa linha, considerando a evolução da natureza contratual para jurisdicional da atividade da arbitragem e o afastamento da jurisdição estatal, é possível a intervenção do Estado do Espírito Santo, na qualidade de terceiro interessado decorrente da alegada alteração dos critérios de distribuição de *royalties*.

Em conclusão, resta claro que a prematura abertura da instância judicial, em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 e os termos da Convenção Arbitral, frustrará o propósito maior do instituto da arbitragem, de meio de solução dos conflitos alternativo e precedente à discussão judicial, nesta nova era pontuada por múltiplos instrumentos de busca de pacificação social.

Isto posto, peço licença para divergir do Senhor Ministro Relator e *voto no sentido de conhecer e julgar procedente o presente conflito de competência, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional*, julgando prejudicados os Agravos Regimentais da ANP (fls. 631/809e) e do Estado do Espírito Santo (fls. 1.208/1.385e).

É o voto.

ADITAMENTO AO VOTO

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de aditamento ao voto apresentado pelo Sr. Ministro Relator na presente sessão de julgamento, ao voto vista por mim apresentado na sessão de 26.04.2017.

Destaca o Sr. Ministro Relator afirmando que não haveria dissenso quanto à disponibilidade do direito controvertido; que o ponto de divergência restringe-se à interpretação dada ao princípio da competência-competência; que “apesar da Lei n. 9.307/1996 apontar para a incidência do modelo francês no território brasileiro, a Convenção de Nova Iorque-CNI, da qual a República Federativa do Brasil é signatária (Decreto n. 4.311/2002), estabelece diretrizes voltadas à adoção do sistema americano”, o qual permite o prévio controle judicial da arbitragem e, finaliza, no sentido de que a participação de terceiro não signatário da convenção da arbitragem estaria restrita às hipóteses relacionadas a “grupos econômicos ou de tentativa de se evadir da responsabilidade por descumprimento contratual, escondendo-se por trás da personalidade jurídica da Empresa (*disregard doctrine*)” e, assim, não seria o caso do Estado do Espírito Santo.

Inicialmente, aponto, com a devida vênia, contradição no voto do Sr. Ministro Relator, uma vez que afirma a ausência de dissenso quanto à disponibilidade do direito controvertido, passando, no momento seguinte, a tecer considerações de que os recursos minerais constituem patrimônio nacional, com relação direta com a soberania nacional, apontando que esses bens geram participações financeiras aos Estados onde foram realizadas as prospecções.

Assim, conclui que, se os recursos minerais são patrimônio nacional, não podem ser considerados como bens disponíveis. Observo que, nesse ponto, reside dissensão.

Com efeito, em meu voto-vista, firmei a distinção e a possível convivência de direito patrimonial disponível da Administração Pública com o *princípio da indisponibilidade do interesse público* e, concluí no sentido de que o *direito patrimonial objeto do contrato de concessão* (fls. 44/95e) é *direito disponível da Administração, podendo ser objeto de jurisdição arbitral*.

Por outro lado, cabe aqui destacar que o Sr. Ministro Relator, traz, agora, fundamento novo que, com a devida vênia, não é capaz de afastar as conclusões alcançadas em meu voto-vista, em razão da recente alteração legislativa (Lei n. 13.129, de 26.05.2015) que modificou significativamente a Lei de Arbitragem -

Lei n. 9.307/1996, introduzindo em seu regime jurídico importantes inovações, com destaque para os *princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória* (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).

Portanto, cabe ressaltar que, em regra, há precedência da utilização dos métodos alternativos à atuação jurisdicional do Estado para solução de controvérsias. E, se assim é, à Administração Pública não pode ser negada tal possibilidade.

Nesse aspecto, o Sr. Ministro Relator, no aditamento ao voto, traz novo fundamento, afirmando que “apesar da Lei n. 9.307/1996 apontar para a incidência do modelo francês no território brasileiro, a Convenção de Nova Iorque-CNI, da qual a República Federativa do Brasil é signatária (Decreto n. 4.311/2002), estabelece diretrizes voltadas à adoção do sistema americano”.

A Convenção de Nova Iorque, promulgada pelo Decreto n. 4.311 de 23.07.2002, assim dispõe:

Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002

Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, por meio do Decreto Legislativo n. 52, de 25 de abril de 2002;

Considerando que a Convenção entrou em vigor internacional em 7 de junho de 1959, nos termos de seu artigo 12;

Decreta:

Art. 1º A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de julho de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

Fernando Henrique Cardoso

Celso Lafer

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.7.2002

Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras (...)

Artigo II

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

Cabe lembrar que, por força da Emenda Constitucional n. 45/04, a Constituição da República determina que, após o devido processo legislativo, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ter força de emenda constitucional (Art. 5º, § 3º).

Sendo assim, as demais convenções internacionais ainda permanecem com força de lei ordinária e, desse modo, podemos apontar a derrogação do Decreto n. 4.311/2002 pela Lei n. 13.129/2015, que trouxe o princípio da competência-competência ao instituto da arbitragem no Brasil.

Por fim, como mencionei em meu voto-vista, a arbitragem não impossibilita o acesso à Justiça pelo Estado-Membro, porquanto a cláusula 7 dos termos da Convenção Arbitral, fixando a análise da competência do Juízo Arbitral na primeira fase, prescreve que será decidida a “necessidade ou desnecessidade de participação de partes não-signatárias no procedimento arbitral” (fl. 350e).

Ademais, como já assinalei, há possibilidade da intervenção de terceiros não signatários da convenção na arbitragem.

Nessa linha, considerando a evolução da natureza contratual para jurisdicional da atividade da arbitragem e o afastamento da jurisdição estatal, é possível a intervenção do Estado do Espírito Santo, na qualidade de terceiro

interessado, decorrente da alegada alteração dos critérios de distribuição de *royalties*.

Em conclusão, resta claro que a prematura abertura da instância judicial, em descompasso com a atual disciplina normativa aplicável e os termos da Convenção Arbitral, frustrará o propósito maior do instituto da arbitragem, de meio alternativo de solução dos conflitos e precedente à utilização da via judicial, nesta nova era pontuada por múltiplos instrumentos de busca de pacificação social.

Isto posto, ratifico e adito os termos do voto vista anteriormente apresentado, no qual dirijo do Senhor Ministro Relator, *conhecendo e julgando procedente o presente conflito de competência, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional*, julgando prejudicados os Agravos Regimentais da ANP (fls. 631/809e) e do Estado do Espírito Santo (fls. 1.208/1.385e).

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques Relator: Senhor Presidente, efetivamente eu já havia lido ambos os votos, inclusive os aditamentos. Estou convencido, com vênias do eminente Relator, de que a solução mais consentânea é a aqui protagonizada pela Ministra Regina Helena Costa, razão pela qual vou rogar vênias ao eminente Relator e acompanhar a divergência inaugurada por Sua Excelência.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: De acordo com os autos, a Petrobrás suscitou o presente Conflito de Competência positivo, tendo, como suscitados, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região e o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional.

De acordo com a suscitante, em 1998 foi celebrado contrato de exploração de Petróleo e Gás Natural no Bloco BC-60. No entanto, em 2014 a Agência Nacional do Petróleo – ANP editou a RD 69/2014, unificando os campos do Parque das Baleias, objeto do contrato em tela. Tal unificação trouxe alteração da forma de pagamento dos direitos de participação de exploração, com aumento de arrecadação dos entes públicos na ordem de bilhões de reais.

Insatisfeita com tais alterações, a Petrobrás/suscitante, com base em previsão contratual, instaurou procedimento arbitral contra a ANP, objetivando a declaração de nulidade da RD 69/2014.

Após a instauração da comissão de arbitragem, a ANP, por sua vez, ajuizou ação (fls. 206/254e), na Justiça Federal, postulando a anulação do procedimento arbitral, por entender que a matéria versa sobre seu poder de polícia, tratando-se de direito indisponível.

A ação foi julgada improcedente, ao fundamento de que, nos termos da legislação de regência, caberia ao árbitro, inicialmente, decidir sobre sua competência e o cabimento do procedimento arbitral (fls. 255/263e). A propósito, cabe transcrever os seguintes trechos da sentença:

Indefiro o pedido da Petrobrás de remessa deste feito ao juízo arbitral. Embora seja pertinente para a ação cautelar conexa a este processo, a instauração do juízo arbitral é irrelevante para o tema aqui discutido. *O pedido veiculado pela ANP é, justamente, direcionado à manifestação prévia deste Juízo Federal sobre não ser a controvérsia sujeita à arbitragem. Em outras palavras, busca evitar o processamento perante o juízo arbitral, obviamente, sem que ele se pronuncie sobre o tema, no bojo do processo lá instaurado.* Para provocar o árbitro a decidir o tema, basta a ANP arguir a incompetência, sem qualquer necessidade de remessa deste processo.

(...)

A questão é que, antes de se posicionar sobre a natureza da controvérsia estabelecida sobre a RD n. 69/2014, se ela envolve ou não direito indisponível, *necessário definir se realmente cabe a este Juízo Federal pronunciamento prévio sobre sua própria competência e, como desdobramento, sobre a incompetência alheia, do juízo arbitral.*

(...)

Assim, a situação aqui discutida atrai o regramento previsto no art. 20 da Lei, dispondo sobre a arguição de incompetência do árbitro, incluída a questão atinente à natureza do direito em disputa, ou seja, ser ou não de alçada da arbitragem. Para tanto, dispõe o § 2º do mencionado artigo que o não acolhimento da arguição (qualquer uma delas, dentre as quais a de incompetência, prevista no *caput*), “*terá normal prosseguimento a arbitragem*”, continuando aberta a possibilidade de se iniciar debate em juízo apenas pela via da ação anulatória regulada no art. 33.

Sendo assim, não se acolhe a tese central da requerente no sentido de caber a este órgão jurisdicional pronunciamento prévio sobre a incompetência do árbitro. As regras que tratam da relação entre competência judiciária e arbitral realmente estabelecem o pronunciamento da justiça ao final.

(...)

A ANP deverá, portanto, suscitar a incompetência perante o próprio árbitro. Não acolhida a sua tese, caberá ação anulatória, quando então será oportuno o Judiciário se manifestar a respeito da natureza do direito, se ele é disponível ou não. Note-se aí que não há violação do art. 5o, XXXV da Constituição da República, mas apenas reserva do exame judicial da matéria para momento posterior.

Saliento também que a cláusula 29 do contrato (fls. 99/100) não é clara sobre exceções à arbitragem, como diz a ANP. A redação é bastante abrangente, não havendo ali qualquer disposição relativa à exclusão.

(...)

Dispositivo.

Julgo improcedente o pedido (art. 269, I do CPC) (fls. 259/263e).

A ANP e o Estado do Espírito do Santo (que teve seu pedido de ingresso no feito indeferido) apelaram e ajuizaram medidas cautelares, no TRF/2ª Região. Ao apreciar tais medidas cautelares, o TRF/2ª Região determinou a suspensão do procedimento de arbitragem, ao fundamento de que:

- A Egrégia Oitava Turma Especializada, ao apreciar o Agravo de Instrumento n. 0 10 114 5-19.2014.4.02.0000 (2014.00.00.101145-7), sufragou, majoritariamente, entendimento no sentido de que a matéria objeto da RD n. 69/2014, da ANP, concernente à delimitação de campo de petróleo, por envolver atividade fiscalizadora, decorrente de poder de polícia da agência reguladora, configuraria direito indisponível que, por conseguinte, escaparia aos limites da cláusula de compromisso arbitral.

- Em respeito à decisão majoritária do Colegiado, afigura-se oportuna a concessão do provimento liminar pleiteado, de modo a resguardar a eficácia da decisão que vier a ser tomada nos autos principais.

- Liminar deferida para suspender a tramitação da arbitragem instaurada pela Petrobrás para discutir a validade da RD n. 69/2014, até que seja concluído o julgamento das apelações interpostas no processo originário n. 0006800-84.2014.4.02.5101 (2014.51.01.006800-1) (fl. 416e).

Tendo em vista tal decisão, a Petrobrás suscitou o presente Conflito de Competência, requerendo seja determinado “quem tem competência para apreciar as questões atinentes à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória” (fl. 5e). Aduz que sua pretensão é no sentido de que “se preserve a competência do *Tribunal Arbitral* para, em primeiro lugar, ser o juiz de sua própria competência. Não se concebe, sob pena de manifesta afronta ao princípio da “Kompetenz-Kompetenz”, que se retire da câmara arbitral, já instalada e composta por árbitros indicados pelas partes, inclusive pela própria

Agência Reguladora (ANP), a preferência na análise sobre a questão” (fls. 5/6e).

O Ministério Público Federal opinou pelo “pelo conhecimento do Conflito Positivo de Competência, proclamando-se a competência do Tribunal Arbitral da Corte Internacional da Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional” (fl. 1.206e).

O Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, Relator, inicialmente, votou no sentido de não conhecer do Conflito. Após vista regimental, proferiu voto para conhecer do Conflito, para declarar competente o Juízo Federal.

A Ministra *Regina Helena Costa* pediu vista e votou no sentido de declarar competente o Juízo Arbitral, no que foi acompanhada pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*.

Após, o Ministro *Benedito Gonçalves* pediu vista e apresenta voto, acompanhando o Relator.

Pedindo vênias aos que me antecederam, entendo que, diante das peculiaridades do caso, o presente Conflito de Competência *não merece ser conhecido*.

Com efeito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “a definição da competência para a causa se estabelece levando em consideração os termos da demanda (e não a sua procedência ou improcedência, ou a legitimidade ou não das partes, ou qualquer outro juízo a respeito da própria demanda). O juízo sobre competência é, portanto, lógico e necessariamente, anterior a qualquer outro juízo sobre a causa. Sobre ela quem vai decidir é o juiz considerado competente (e não o Tribunal que aprecia o conflito). Não fosse assim, haveria uma indevida inversão na ordem natural das coisas: primeiro se julgaria (ou pré-julgaria) a causa e depois, dependendo desse julgamento, definir-se-ia o juiz competente (que, portanto, receberia uma causa já julgada, ou, pelo menos, pré-julgada)” (STJ, CC 121.013/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe de 03.04.2012).

Partindo dessa premissa, vale destacar que a ação ajuizada pela ANP, na Justiça Federal, questiona a competência e a possibilidade de o Tribunal Arbitral apreciar a matéria controvertida. A ANP defende que, por ser direito indisponível, caberia ao Poder Judiciário, desde já, invalidar o procedimento arbitral instaurado.

A Petrobrás, em contestação e no presente Conflito, defende que, nos termos da legislação e jurisprudência, tal controle do Poder Judiciário somente

poderia ser realizado após a decisão proferida pelo Juízo Arbitral, sendo vedado controle prévio.

Sobre o tema, não se desconhece a regra de que, nos termos dos arts. 8º e 20 da Lei n. 9.307/1996, cabe ao arbitro, em princípio, decidir acerca dos limites de suas atribuições e da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem.

Ocorre que, no caso, tal alegação está diretamente relacionada ao mérito da ação ajuizada pela ANP, na Justiça Federal, tanto que analisada pela sentença de improcedência.

Assim, nos termos em que posta a discussão, o exame dessa matéria (possibilidade ou não de o Poder Judiciário decidir sobre a competência do Tribunal Arbitral para apreciar determinadas questões) caberá ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento das Apelações, interpostas pela ANP e pelo Estado do Espírito Santo.

Isso porque, em que pese sejam plausíveis as alegações expostas pela Petrobrás, no caso, *o acolhimento do Conflito ensejaria, em verdade, desde logo, a improcedência do pedido, nos termos da sentença proferida pela Justiça Federal.*

Desta forma, Conflito de Competência haveria, se ambos os Juízos estivessem apreciando as mesmas questões (validade da RD 69/2014), o que não acontece, no caso.

Ante o exposto, pedindo vênias aos que me antecederam, *não conheço* do Conflito de Competência.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processo Civil. Administrativo. Conflito positivo de competência. Contrato de concessão entre ANP e Petrobrás com cláusula compromissória. Juízo Arbitral x Justiça Federal. Necessidade de se viabilizar a defesa de direitos do Estado do Espírito Santo, não signatário da referida cláusula, perante o Poder Judiciário. Impossibilidade de extensão subjetiva da cláusula compromissória. Conflito conhecido, para declarar a competência da Justiça Federal, acompanhando o Min. Relator, Napoleão Nunes Maia Filho.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de Conflito Positivo de Competência, suscitado por Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás em face do Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e do Juízo Federal da 5ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, tendo como interessados o Estado do Espírito Santo, a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e o Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis, este na qualidade de “*amicus curiae*”.

A controvérsia gira em torno da competência para decidir acerca da validade e aplicabilidade da Resolução 69/2014 da ANP, face a existência de Cláusula Compromissória Arbitral no Contrato de Concessão firmado entre a Petrobrás e a Agência Nacional do Petróleo, para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no território do Estado do Espírito Santo.

Em breve linhas, pode-se dizer que o conflito se dá em razão de decisões proferidas pela Corte Internacional de Arbitragem, perante a qual foi instaurado Procedimento Arbitral pela Petrobrás, visando reconhecer a nulidade da referida Resolução da ANP, e pelo TRF da 2ª Região, onde tramitam a Ação Anulatória de Procedimento Arbitral ajuizada pela ANP e mais duas Medidas Cautelares (da ANP e Estado do Espírito Santo), visando sustar os efeitos da Resolução em questão.

O e. Min. Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, conheceu do conflito, para declarar a competência da Justiça Federal, “dada a impossibilidade jurídica de se impor ao Ente Estadual Federal (neste caso, o Estado do Espírito Santo), não signatária da cláusula compromissória do contrato de concessão que se discute, qualquer reflexo de decisão da Corte Arbitral não eleita por ele”.

Em voto-vista, a Min. Regina Helena divergiu de tal entendimento, reconhecendo a competência do Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, tendo em vista que: i) o direito patrimonial objeto da concessão é direito disponível da Administração, podendo ser objeto de arbitragem; ii) há precedência da utilização dos métodos alternativos à atuação jurisdicional do Estado para solução de controvérsias, ainda que envolva a Administração Pública; e iii) a arbitragem não impossibilita o acesso à Justiça pelo Estado-Membro, na qualidade de terceiro interessado, consoante cláusula 7 dos termos da Convenção Arbitral.

Pedi vista dos autos.

De início, registro a competência desta Corte para o julgamento do presente Conflito de Competência, que envolve de um lado Juízo Estatal e de outro Juízo arbitral, o qual, ostenta, como bem assentado nos votos que me precederam, natureza jurisdicional.

Também comungo do entendimento externado por ambos os votos de que a controvérsia travada entre a Petrobrás e a ANP relativa ao contrato de concessão para exploração petrolífera tangencia direito patrimonial disponível, passível de solução via arbitragem.

Porém, no tocante a definição da competência para a solução do litígio em torno da aplicabilidade e validade da Resolução editada pela ANP, inclino-me a acompanhar as razões adotadas pelo e. Min. relator, Napoleão Nunes Maia Filho.

Isso porque, não obstante a importância da arbitragem para a solução dos conflitos, bem como a necessidade de respeito a cláusula compromissória arbitral voluntariamente inserida no Contrato de Concessão firmado entre a ANP e a Petrobrás, parece-me que o juízo arbitral não pode ser imposto ao Estado do Espírito Santo, que sequer participou do referido instrumento contratual, mas possui manifesto interesse na controvérsia que envolve alteração dos critérios de distribuição de *royalties*.

É dizer que, se o Estado não foi signatário do contrato que optou pela solução arbitral dos conflitos, o pacto compromissório a ele não se aplica, não podendo, portanto, ser obrigado a se submeter à Corte de Arbitragem e aos efeitos da sentença lá proferida.

Por conseguinte, não pode o Estado ser impedido de recorrer ao Judiciário Estatal para tutelar seus interesses, direitos e patrimônio, na condição de entidade partícipe da divisão dos resultados positivos da exploração dos recursos naturais. Não há, portanto, como se afastar a Jurisdição Estatal, devendo-se permitir a atuação e defesa do Estado quanto aos reflexos da Resolução discutida.

Registra-se, por fim, que a previsão constante na Convenção de Arbitragem, que possibilita a averiguação da necessidade de participação de partes não-signatárias no procedimento arbitral (Cláusula 7.b., fls. 350), não altera o entendimento ora consignado, não se podendo afastar o direito do Estado de defender seus direitos perante o Poder Judiciário, por não ter anuído com a arbitragem.

Ante o exposto, peço vênias a divergência inaugurada pela Min. Regina Helena, para acompanhar o voto do e. Min. Relator, Napoleão Nunes Maia Filho, para conhecer do conflito e reconhecer a competência da Justiça Federal para o exame do feito.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Senhor Ministro, voto pelo conhecimento, com vênias à Ministra Assusete Magalhães.

VOTO-MÉRITO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Não preciso pedir vista. Na medida em que fico vencida, quanto ao não conhecimento do Conflito de Competência, não vejo outra alternativa senão dar pela competência do Juízo Arbitral.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.247.360-RJ (2013/0366233-9)

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Embargante: União

Embargado: Marcelo Costa Sales

Advogada: Cynthia Maria Piske Silverio Souza - RJ072886

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Embargos de divergência em recurso especial. Servidor público. Remoção de cônjuge a pedido. Acompanhamento. Art. 36 da Lei n. 8.112/1990.

1. Caso em que se discute se há ou não há direito subjetivo à remoção para acompanhar cônjuge removido a pedido. Interpretação do art. 36, III, "a", da Lei n. 8.112/1990.

2. O acórdão embargado entendeu que a Administração Pública, ao oferecer vaga a ser ocupada por critério de remoção, revela que tal preenchimento atende ao interesse público. Havendo o cônjuge sido removido “no interesse da Administração”, exsurgiria o direito subjetivo do outro cônjuge a ser removido para acompanhar o consorte, a teor do art. 36, III, “a”, da Lei n. 8.112/1990.

3. No entender do acórdão paradigma, o direito subjetivo à remoção para o acompanhamento de cônjuge só é amparado pelo art. 36, III, “a”, da Lei n. 8.112/1990 quando o cônjuge foi removido de ofício pela Administração Pública.

4. O art. 36 da Lei n. 8.112/1990 trata de três hipóteses de remoção: de ofício, “no interesse da Administração” e mesmo que contra a vontade do servidor (inciso I); a pedido do servidor e “a critério da Administração” (inciso II) e a pedido do servidor “independentemente do interesse da Administração” (inciso III) nas estritas hipóteses das alíneas “a”, “b” e “c”.

5. A alínea “a” do inciso III do art. 36 da Lei n. 8.112/1990, ao estabelecer que há direito a acompanhar cônjuge “deslocado no *interesse da Administração*” remete ao “*interesse da Administração*” segundo a expressão do inciso I (remoção de ofício), a qual não foi repetida pelo inciso II (remoção a pedido), que se utilizou da expressão “a critério da Administração” para tratar da hipótese em que se alia a vontade da Administração Pública à do servidor postulante da remoção.

6. A hipótese de remoção prevista no inciso II do art. 36 da Lei n. 8.112/1990 é a via ordinária para a remoção do servidor público, na qual se procura atender tanto à eficiência da Administração Pública quanto os interesses privados (incluídos os familiares) do servidor, observada a impessoalidade entre os servidores postulantes da vaga. As hipóteses de remoção previstas nos incisos I e III são excepcionais (a do inciso I porque privilegia o interesse público em detrimento da possibilidade de o servidor escolher se manter lotado onde está ou em destino de sua preferência e a do inciso III porque abre mão de se perseguir a eficiência na Administração Pública) e devem ser interpretadas restritivamente.

7. A redação original do parágrafo único do art. 36 da Lei n. 8.112/1990 permitia a remoção para o fim de acompanhamento

de cônjuge independentemente da existência de vaga, sem o estabelecimento expresso de restrições. É evidente a intenção do legislador em restringir tal possibilidade com a redação que foi dada pela Lei n. 9.527/1997 ao atual art. 36, III, “a”, da Lei n. 8.112/1990.

8. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Gurgel de Faria, dar provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 29.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de embargos de divergência interpostos pela União acórdão prolatado pela Segunda Turma, assim ementado:

Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental. Servidor público. Auditor Fiscal da Receita Federal. Concurso de remoção. Interesse público. Acompanhamento de cônjuge. Art. 36 da Lei n. 8.112/1990.

1. *Consoante o disposto no art. 36, inciso III, “a”, da Lei n. 8.112/1990, a remoção para o acompanhamento do cônjuge, também servidor público civil ou militar, deslocado **no interesse da Administração**, é direito subjetivo do servidor, independente do interesse da Administração e da existência de vaga.*

2. Segundo a jurisprudência deste Tribunal: “A Administração, ao oferecer vaga a ser ocupada por critério de remoção, acaba revelando que tal preenchimento é

de interesse público, pois tem por objetivo adequar o quantitativo de servidores às necessidades dos órgãos e unidades administrativas". Precedente do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

Alega a embargante que a Segunda Turma adotou entendimento divergente daquele adotado pela Primeira Turma no julgamento do acórdão paradigma assim ementado:

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Servidor público. Legitimidade ativa *ad causam* do marido da servidora. Inexistência. Transferência a pedido, na modalidade remoção. Cônjuge. Acompanhamento. Direito subjetivo. Inexistência. Art. 36, parágrafo único, I c.c. III, "a" e "c", da Lei n. 8.112/1990. Honorários advocatícios de sucumbência. *Quantum*. Alteração. Pedido genérico. Súmulas 284/STF e 182/STJ. Agravo não provido.

1. Trata-se de ação ordinária em que servidora pública federal busca compelir a pessoa jurídica de direito público com a qual mantém vínculo estatutário a transferir-lhe de localidade, para fins de acompanhar o cônjuge, também servidor público federal, anteriormente transferido a pedido, após se aprovado em concurso interno de remoção.

2. O bem da vida objeto da pretensão formulada na petição inicial vincula-se exclusivamente à primeira autora, de sorte que a mera existência de um vínculo matrimonial entre ela e o segundo autor não assegura a este último um interesse processual, que seria no máximo reflexo, sendo de rigor o reconhecimento de sua ilegitimidade ativa *ad causam*.

3. A questão sub judice é eminentemente de direito, vinculando-se à obtenção de uma resposta para a seguinte indagação: à luz do art. 36, parágrafo único, III, "c", da Lei n. 8.112/1990, o servidor que é transferido de localidade a pedido, após concorrer em concurso de remoção, gera para seu cônjuge o direito subjetivo de também ser transferido, para acompanhá-lo, independentemente do interesse da Administração?

4. Extrai-se do art. 36 da Lei n. 8.112/1990 que a transferência de localidade de um servidor pode ocorrer em duas únicas hipóteses: (i) *ex officio*, ou seja, por imposição da Administração Pública; (ii) a pedido do próprio servidor. Este último caso se subdivide em duas situações distintas: (a) em se tratando de um simples pedido de remoção, seu deferimento ficará vinculado aos requisitos da conveniência e oportunidade da Administração Pública, inexistindo um direito subjetivo em favor do requerente; (b) quando o pedido tiver por fundamento questões de saúde envolvendo o servidor requerente ou seus familiares, ou, ainda, tiver sido precedido de aprovação em concurso interno de remoção, estará diante de um direito subjetivo em favor do requerente.

4. O art. 36, parágrafo único, III, "a", da Lei n. 8.112/1990 não ampara o pedido de remoção formulado pela primeira agravante, tendo em vista que a transferência de seu cônjuge, ora segundo agravante, não se deu ex officio, mas voluntariamente.

5. Constatado que a recusa da Administração Pública em deferir o pedido de remoção formulado pela primeira agravante se deu dentro dos parâmetros de legalidade, mostra-se inviável o acolhimento da pretensão deduzida na presente ação ordinária, sob pena de indevida invasão do mérito administrativo.

6. Limitando-se os agravantes a formularem um pedido genérico de redução do quantum arbitrado na decisão agravada a título de honorários advocatícios de sucumbência, incide na espécie as Súmulas 284/STF e 182/STJ.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.290.031/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 20.08.2013, DJe 09.09.2013)

Aduz a embargante que o acórdão embargado entendeu que *é de interesse público* o preenchimento de vaga a ser ocupada por remoção a pedido, ao passo que o acórdão paradigma entendeu que a remoção voluntária (a pedido do servidor) *não se reveste de interesse público*, de modo que não confere ao cônjuge do servidor direito subjetivo à remoção para a mesma localidade.

Argumenta a embargante que é preciso interpretar o que é ser "deslocado no interesse da Administração" à luz das disposições da própria Lei n. 8.112/1990.

Intimado, o embargado apresentou impugnação às fls. 676/690.

Preliminarmente alega inexistir similitude fática, ao argumento de que o embargante e sua esposa são servidores da mesma carreira, ele auditor fiscal e ela técnica da Receita Federal, ambos lotados em Uruguaiana-RS. Afirmar haver norma interna da Receita Federal (Portaria n. 6.115/2005) que abriga o direito postulado nos autos. Alega que a hipótese é diversa daquela que foi objeto do acórdão paradigma, uma vez que no caso dos presentes autos a Administração deferiu a remoção do autor para fins de acompanhar sua esposa, ao passo que no caso objeto do acórdão paradigma não houve manifestação da Administração quanto ao pedido de remoção da servidora.

Quanto ao mérito, alega o embargado que a Primeira Seção teria firmado entendimento acerca da questão ao julgar o MS 21.631, em 24.06.2015. Por último, alega que se deve aplicar a "teoria do fato consumado", uma vez que, por força de decisão judicial, há 8 anos o embargado e a esposa vem desempenhando suas funções na cidade de Teresópolis.

O Ministério Público Federal apresentou parecer no sentido da existência da divergência necessária ao conhecimento dos Embargos de Divergência e, no mérito, no sentido de que prevaleça o entendimento esposado pelo acórdão paradigma.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Como cediço, os embargos de divergência têm por escopo uniformizar a jurisprudência do Tribunal ante a adoção de teses conflitantes pelos seus órgãos fracionários na decisão de casos similares, nos termos do que dispunha o art. 546 do CPC/1973 e do que dispõe o art. 1043 do CPC/2015.

No Superior Tribunal de Justiça, é embargável o acórdão proferido no julgamento de Recurso Especial que tenha dado a preceito de lei federal interpretação diversa daquela dada por outro órgão fracionário deste Tribunal. É o caso dos presentes autos, em que os acórdãos cotejados deram interpretação divergente ao art. 36, inciso III, “a”, da Lei n. 8.112/1990.

Nessa medida, não merece ser acolhida a alegação do embargado de que não haja similitude fática entre os casos cotejados, pois em ambos os casos estava em questão a interpretação do art. 36, inciso III, “a”, da Lei n. 8.112/1990, especificamente: se há ou não direito subjetivo do servidor público à remoção para acompanhar cônjuge que tenha sido removido a pedido.

As peculiaridades do caso em questão apontadas pelo embargado (o fato de se tratar no presente caso de servidores da Receita Federal, instituição que, segundo o embargado, dispunha de Portaria própria a regular a remoção de seus servidores) não retiram a similitude dos casos cotejados, uma vez que em ambos se trata da existência ou não de direito subjetivo do servidor público à remoção para acompanhar cônjuge que tenha sido removido a pedido, à luz do disposto no art. 36, inciso III, “a”, da Lei n. 8.112/1990.

É de se notar, ademais, que o acórdão embargado de divergência não faz qualquer menção à Portaria indicada pelo embargado. E isto porque o fundamento do Recurso Especial interposto pelo embargado era a alegação de violação a dispositivo de Lei federal, a teor do art. 105 da Constituição da República.

Assim sendo, presentes a similitude fática e a divergência, passo ao mérito da questão veiculada nos presentes Embargos de Divergência.

Ainda antes disso, porém, observo que, ao contrário do que alega o embargante, a matéria não foi ainda pacificada pela Primeira Seção. O fato de a questão haver sido apreciada pela Seção em Mandado de Segurança não autoriza tal conclusão. Isto porque, embora o Regimento Interno do STJ confie à Seção o julgamento dos Mandados de Segurança, tal não é a via própria para que a Seção pacifique seu entendimento sobre as divergências entre a Primeira e a Segunda Turma na interpretação da lei federal. Tal via, mais propriamente, é a dos Embargos de Divergência.

Esclarecido isso, passo ao mérito.

No mérito, o dispositivo legal cuja interpretação é demandada nestes autos (art. 36, inciso III, “a”, da Lei n. 8.112/1990) estabelece uma hipótese em que o servidor público federal tem direito subjetivo à remoção para acompanhar cônjuge/companheiro servidor público que tenha sido “deslocado no interesse da Administração”.

O acórdão embargado, como se verifica do relatório, conferiu à expressão “deslocado no interesse da Administração” interpretação mais abrangente que aquela que foi conferida pelo acórdão paradigma.

Para o acórdão embargado, o deslocamento é “no interesse da Administração” não só em caso de remoção de ofício, mas também quando a Administração Pública abre vaga para que os servidores públicos interessados (e que cumpram os requisitos necessários para tanto) se candidatem à remoção.

Já para o acórdão paradigma o deslocamento “no interesse da Administração”, para os fins do art. 36, inciso III, “a”, da Lei n. 8.112/1990, é apenas aquele em que o servidor público é removido de ofício pela Administração Pública, não quando tenha voluntariamente se candidatado a concorrer à vaga aberta para remoção.

Tenho que a melhor interpretação do preceito legal em questão é aquele que lhe foi dada pelo acórdão paradigma.

Isto porque, embora a Constituição da República garanta à *família* proteção especial do Estado (art. 226), a mesma Constituição determina que a Administração Pública observe a legalidade, a moralidade, a impessoalidade e, no presente caso com especial evidência, a *eficiência* (art. 37).

Destarte, os direitos dos servidores públicos (dentre eles o direito à remoção com o fim de atender a seu interesse familiar) devem ser interpretados não só à luz dos preceitos constitucionais, mas também, dada a abertura de tais preceitos constitucionais e a possibilidade de que nos casos concretos eles importem comandos contraditórios, à luz daquilo que o legislador houve por bem definir em lei.

Na questão jurídica objeto de exame nestes Embargos de Divergência não parece que o texto de lei deixe margem à ampliação interpretativa efetuada pelo acórdão embargado de divergência.

Com efeito, o preceito legal em questão encontra-se sob a regência de um *caput* e de um parágrafo e ao lado de outros incisos que permitem algumas conclusões interpretativas. É a seguinte a redação legal:

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: (Redação dada pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

I - de ofício, no interesse da Administração; (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

II - a pedido, a critério da Administração; (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração; (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial; (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados. (Incluído pela Lei n. 9.527, de 10.12.1997)

Como se verifica, a linguagem que o art. 36 em questão utilizou para tratar da remoção do servidor público é reveladora da medida em que se procurou prestigiar ora a eficiência ora a família. Com efeito, a remoção “de ofício, no

interesse da Administração” (inciso I) é aquela que pode ser mesmo contra a vontade do servidor, mas visa a atender à eficiência da Administração Pública; a remoção “a pedido, a critério da Administração” (inciso II) é aquela que (por ser a pedido) atende à vontade manifestada pelo servidor, a par de (sendo “a critério da Administração”) servir à boa gestão pública; já a remoção a pedido “independentemente do interesse da Administração” (inciso III) é aquela que atende à vontade manifestada pelo servidor e que pode até mesmo ser contrária à melhor gestão de pessoal.

Trata-se, portanto, de 3 hipóteses de remoção de servidor público que acomodam de forma diversa importantes valores de envergadura constitucional. A primeira (inciso I) é focada na eficiência da Administração Pública e pouco se preocupa com o projeto de vida do servidor. A segunda (inciso II) funciona como um meio-termo em que a Administração Pública, buscando a eficiência, torna públicas as vagas abertas e permite aos servidores (que preencham os requisitos necessários para tanto) interessados que manifestem sua vontade de serem removidos, segundo critérios prévios e impessoais. Esta segunda hipótese de remoção procura um meio-termo entre o interesse privado dos servidores e o interesse em melhor gerir a coisa pública. A terceira hipótese de remoção (inciso III), sendo “independentemente do interesse da Administração”, abre mão de perseguir a eficiência na prestação do serviço público para, naquelas hipóteses *excepcionais*, atender ao interesse privado do servidor público que pretenda a remoção.

Nota-se, assim, que a forma comum de remoção do servidor público, que atende tanto à eficiência da Administração quando a impessoalidade e aos interesses privados do servidor, é aquela prevista no inciso II. As hipóteses previstas nos incisos I e III são extremas: uma (inciso I) retira do servidor a possibilidade de permanecer lotado onde está ou de pleitear remoção para o local de seu interesse, tudo com o fim de atender àquilo que a Administração Pública considera necessário para atender à eficiência; a outra (inciso III) pode ser contrária à melhor gestão da coisa pública, mas se justifica nas excepcionais hipóteses das alíneas “a”, “b” e “c”.

Isto considerado, concluo que a hipótese excepcional de remoção prevista no art. 36, inciso III, “a”, da Lei n. 8.112/1990 (remoção “a pedido”, “independentemente do interesse da Administração”, “para acompanhar cônjuge ou companheiro” “deslocado no interesse da Administração”), sendo excepcional, só se encontra legalmente justificada quando o cônjuge/companheiro “deslocado

no interesse da Administração” foi deslocado na hipótese do inciso I, ou seja, de ofício, para atender ao interesse da Administração e independentemente de sua vontade.

É de se ver que a remoção “no interesse da Administração”, na linguagem do art. 36 da Lei n. 8.112/1990, é aquela prevista no inciso I, pois na remoção a pedido prevista no inciso II o legislador usou a expressão “a critério da Administração”. Mostra-se assim, patente a distinção operada pela Lei n. 8.112/1990, também pela linguagem utilizada, mas não só por isso.

Para além da linguagem utilizada pelo legislador, é de se ver que o deferimento de remoções fundadas no inciso III para além das hipóteses *estritas* lá preceituadas importaria permitir que o servidor, uma vez sendo cônjuge ou companheiro de outro servidor que cumpra os requisitos para a remoção ordinária prevista no inciso II, poderia (pelo só fato de ser casado ou viver em união estável com tal servidor) obter uma remoção independentemente de cumprir os requisitos ordinários necessários para tanto, violando-se com isso a impessoalidade na gestão dos servidores, em detrimento de outro servidor solteiro que fizesse jus à remoção ordinária prevista no art. 36, II, seja no mesmo momento ou em momento posterior.

A melhor interpretação do art. 36, inciso III, “a”, da Lei n. 8.112/1990, portanto, é aquela que entende tal forma de remoção (que privilegia a vida privada dos servidores) como uma forma de compensação dos dissabores que a remoção prevista no inciso I (que atende ao interesse público independentemente da vontade do servidor removido) gera no seio da família involuntariamente separada.

Para além disso, é de se ver que era outra a redação original do parágrafo único do art. 36 da Lei n. 8.112/1990. A redação original dispunha o seguinte:

Parágrafo único. Dar-se-á a remoção, a pedido, para outra localidade, independentemente de vaga, para acompanhar cônjuge ou companheiro, ou por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente, condicionada à comprovação por junta médica.

Como se verifica, originalmente a remoção para acompanhar cônjuge ou companheiro era muito mais ampla. Sob a égide da redação original bastava ao servidor que seu cônjuge/companheiro fosse removido para que passasse a ter o direito subjetivo de acompanhá-lo.

Ao alterar a redação do preceito legal em questão em 1997 é evidente o intuito do legislador em restringir a possibilidade de remoção para

acompanhamento de cônjuge. Daí mais uma razão a confirmar que o legislador, ao permitir no art. 36, III, “a” a remoção para acompanhar cônjuge/companheiro “deslocado no interesse da Administração” estar tratando apenas do cônjuge que tenha sido removido para atender o “interesse da Administração” ainda que contra sua vontade (inc. I).

É verdade que, como constou do acórdão embargado, “A Administração, ao oferecer vaga a ser ocupada por critério de remoção, acaba revelando que tal preenchimento é de interesse público, pois tem por objetivo adequar o quantitativo de servidores às necessidades dos órgãos e unidades administrativas”. Este tipo de remoção atende também (em sentido comum) aos interesses da Administração Pública, a par de atender aos interesses privados daqueles servidores que se candidataram à remoção. Mas não é deste “interesse da Administração” aliado ao interesse do servidor que trata o art. 36, III, “c”, da Lei n. 8.112/1990. O art. 36, III, “c”, da Lei n. 8.112/1990 traz uma *excepcional* hipótese de remoção que só pode ser interpretada restritivamente e que deve ser lida sob o contexto da alteração de redação promovida pela Lei n. 9.527/1997, em que se procurou consignar que a remoção para acompanhar cônjuge “deslocado no interesse da Administração” remete ao “interesse da Administração” mencionado no inciso I, não ao “critério da Administração” mencionado no inciso II.

Ante o exposto, deve ser dado provimento aos presentes Embargos de Divergência, permanecendo o entendimento esposado pela Primeira Turma no acórdão paradigma, segundo o qual só tem direito à remoção fundada no art. 36, III, “c”, da Lei n. 8.112/1990 o servidor cujo cônjuge ou companheiro tenha sido removido de ofício.

Quanto ao pleito de que se aplique a “teoria do fato consumado”, a Corte Especial já enfrentou a questão e entendeu inaplicável tal teoria a hipóteses como a presente, consoante acórdão cuja ementa segue:

Embargos de divergência em recurso especial. Direito Administrativo. Servidor público. Remoção. Resistência da Administração Pública. Teoria do Fato Consumado. Inaplicabilidade.

1. Não se aplica a “Teoria do Fato Consumado” em relação a atos praticados sob contestação das pessoas envolvidas, que o reputam irregular e manifestam a existência da irregularidade nas vias adequadas, ainda que, pela demora no transcurso do procedimento destinado à apuração da legalidade do ato, este gere efeitos no mundo concreto.

2. Verificada ou confirmada a ilegalidade, o ato deve ser desfeito, preservando-se apenas aquilo que, pela consolidação fática irreversível, não puder ser restituído ao status quo ante.

3. Na espécie, nunca houve em relação à remoção do embargante aquiescência pela Administração Pública, que se manteve em permanente resistência no plano processual, sempre apontando a ilegalidade no ato de lotação do servidor em localidade diversa daquela em que tomou posse por conta do concurso público.

4. Impossibilidade de aplicação da teoria do fato consumado.

Embargos de divergência providos.

(EREsp 1.157.628/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 07.12.2016, DJe 15.02.2017)

Por tais motivos, dou *provimento* aos Embargos de Divergência.

É o voto.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 1.517.492-PR
(2015/0041673-7)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Relatora para o acórdão: Ministra Regina Helena Costa

Embargante: Fazenda Nacional

Embargado: Cotriguaçu Cooperativa Central

Advogado: Paulo Augusto Chemin e outro(s) - PR019379

EMENTA

Tributário. Embargos de divergência em recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. ICMS. Créditos presumidos concedidos a título de incentivo fiscal. Inclusão nas bases de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Inviabilidade. Pretensão fundada em atos infralegais. Interferência da União na política fiscal adotada por Estado-Membro. Ofensa ao princípio federativo e à

segurança jurídica. Base de cálculo. Observância dos elementos que lhes são próprios. Relevância de estímulo fiscal outorgado por Ente da Federação. Aplicação do princípio federativo. ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Inconstitucionalidade assentada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (RE n. 574.706/PR). Axiologia da *ratio decidendi* aplicável à espécie. Créditos presumidos. Pretensão de caracterização como renda ou lucro. Impossibilidade.

I – Controverte-se acerca da possibilidade de inclusão de crédito presumido de ICMS nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

II – O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que o incentivo fiscal, por implicar redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL; já o segundo considera que o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

III – Ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

IV – Tal entendimento leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, em especial porque fundamentado exclusivamente em atos infralegais, consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas.

V – O modelo federativo por nós adotado abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias decorre dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada.

VI – Em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

VII – A Constituição da República atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS – e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

VIII – A concessão de incentivo por ente federado, observados os requisitos legais, configura instrumento legítimo de política fiscal para materialização da autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos para a unidade federativa, associados às prioridades e às necessidades locais coletivas.

IX – A tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em despreço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da Federação.

X – O juízo de validade quanto ao exercício da competência tributária há de ser implementado em comunhão com os objetivos da Federação, insculpidos no art. 3º da Constituição da República, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), finalidade da desoneração em tela, ao permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade e dos seus ingredientes, reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa brasileira (art. 1º, III, C.R.).

XI – Não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com o princípio da subsidiariedade, que reveste e protege a autonomia dos entes federados.

XII – O abalo na credibilidade e na crença no programa estatal proposto pelo Estado-membro acarreta desdobramentos deletérios no campo da segurança jurídica, os quais não podem ser desprezados, porquanto, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino, resultará

no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade colimada pelos preceitos legais, aumentando o preço final dos produtos que especifica, integrantes da cesta básica nacional.

XIII – A base de cálculo do tributo haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

XIV – Nos termos do art. 4º da Lei n. 11.945/2009, a própria União reconheceu a importância da concessão de incentivo fiscal pelos Estados-membros e Municípios, prestigiando essa iniciativa precisamente com a isenção do IRPJ e da CSLL sobre as receitas decorrentes de valores em espécie pagos ou creditados por esses entes a título de ICMS e ISSQN, no âmbito de programas de outorga de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços.

XV – O STF, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, sob o entendimento segundo o qual o valor de ICMS não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos. Axiologia da *ratio decidendi* que afasta, com ainda mais razão, a pretensão de caracterização, como renda ou lucro, de créditos presumidos outorgados no contexto de incentivo fiscal.

XVI – Embargos de Divergência desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, “prosseguindo no julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Assusete Magalhães, negar provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto-vista da Sra. Ministra Regina Helena Costa, que lavrará o acórdão. Votaram com a Sra. Ministra Regina Helena Costa os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin.
Brasília (DF), 08 de novembro de 2017 (data do julgamento).
Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 1º.2.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de embargos de divergência em recurso especial interpostos pela Fazenda Nacional contra acórdão prolatado pela Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, assim ementado (e-STJ, fls. 2.297):

Recurso fundado no novo CPC/2015. Tributário. Agravo interno. Crédito presumido de ICMS. Inclusão na base de cálculo do IRPJ e CSLL. Impossibilidade. Precedentes da 1ª Turma.

1. A Primeira Turma desta Corte, firmou entendimento no sentido da não inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, porquanto referidos créditos foram renunciados pelo Estado em favor do contribuinte como instrumento de política de desenvolvimento econômico daquela Unidade da Federação, devendo sobre eles ser reconhecida a imunidade do art. 150, VI, a, da CF.

Precedentes: AgRg no REsp 1.227.519/RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves, Primeira Turma*, julgado em 24.03.2015, DJe 07.04.2015 e AgRg no REsp 1.461.415/SC, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma*, julgado em 13.10.2015, DJe 26.10.2015.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

A embargante sustenta que o acórdão questionado divergiu do entendimento adotado pela Segunda Turma, nos autos do REsp 1.603.082, cuja ementa segue abaixo transcrita:

Tributário. Base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. Crédito presumido de ICMS. Legalidade da inclusão.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança que busca obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente da inclusão do crédito presumido do ICMS nas bases de cálculo do IRPJ, CSLL e das contribuições ao PIS e COFINS (fl. 263, e-STJ).

2. Consoante a jurisprudência do STJ, o crédito presumido do ICMS, ao configurar diminuição de custos e despesas, aumenta indiretamente o lucro tributável e, portanto, deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL (AgRg no REsp 1.448.693/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.8.2014; EDcl no REsp 1.349.837/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.5.2013).

3. Agravo Interno não provido.

Afirma que, enquanto o acórdão embargado entendeu pela “não inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, porquanto referidos créditos foram renunciados pelo Estado em favor do contribuinte como instrumento de política de desenvolvimento econômico daquela Unidade da Federação, devendo sobre eles ser reconhecida a imunidade do art. 150, VI, a, da CF”, o aresto paradigma “entende que, ainda que se admita que o crédito presumido do ICMS não configura receita, o fato é que a base de cálculo do IRPJ e da CSLL é o lucro da empresa, de forma que o STJ entende que o benefício em questão, ao configurar diminuição de custos e despesas, aumenta indiretamente o lucro tributável e, portanto, deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL” (e-STJ, fl. 2.306).

Decisão de admissibilidade às e-STJ, fls. 2.327-2.328. Impugnação às e-STJ, fls. 2.332-2.348. Parecer do MPF pelo provimento dos embargos (e-STJ, fls. 2.357-2.359).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): A divergência traçada nestes autos envolve questão relacionada à inclusão dos valores decorrentes de crédito presumido de ICMS na base para o cálculo do IRPJ e da CSLL.

No acórdão embargado, entendeu-se que o reconhecimento de crédito presumido de ICMS configura renúncia estatal, devendo ser reconhecida a imunidade do art. 150, VI, “a”, da CF/1988, e que, por essa razão, tais créditos não devem ser incluídos na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Já o aresto indicado como paradigma firmou compreensão de que, mesmo que se entenda que o crédito presumido do ICMS não configure receita, a base de cálculo do IRPJ e da CSLL corresponderia a lucro da sociedade empresária. Por isso, ao configurar diminuição de custos e despesas, o sistema de crédito

presumido aumentaria indiretamente o lucro tributável e, portanto, tais valores deveriam o compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A divergência, portanto, é evidente e, a meu sentir, deve ser resolvida adotando-se o entendimento firmado no acórdão paradigma, no sentido de que o crédito presumido do ICMS, ao configurar diminuição de custos e despesas, aumenta indiretamente o lucro tributável e, portanto, deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

A tese foi desenvolvida pelo voto condutor do acórdão paradigma nos termos da seguinte fundamentação:

O Agravo Interno não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto não há falar em reparo na decisão.

Conforme consignei no *decisum*, cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança que busca obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente da inclusão do crédito presumido do ICMS nas bases de cálculo do IRPJ, CSLL e das contribuições ao PIS e COFINS (fl. 263, e-STJ).

Ainda que se admita que o crédito presumido do ICMS não configura receita, o fato é que a base de cálculo do IRPJ e da CSLL é o *lucro* da empresa. Assentada essa premissa, o STJ entende que o benefício em questão, ao configurar diminuição de custos e despesas, aumenta indiretamente o lucro tributável e, portanto, deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Nesse sentido:

Agravo regimental. Tributário. Exclusão dos créditos presumidos de ICMS da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Impossibilidade.

1. No julgamento dos precedentes REsp n. 957.153/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 04.10.2012; e REsp n. 1.349.837-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 06.12.2012, este Superior Tribunal de Justiça respaldou a conduta adotada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil de considerar o “crédito presumido de IPI” como “receita operacional” para fins de composição da base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

2. Considerou-se ali que a técnica adotada pela lei para atingir o Lucro Real foi a de incluir como “despesa” o valor pago a título de IPI e, por consequência lógica, a inclusão como “receita operacional” do crédito presumido do IPI. Mutatis mutandis, a mesma lógica é aplicável ao crédito presumido de ICMS.

3. Os valores relativos ao crédito presumido do ICMS, por serem “ressarcimentos de custos” integram a receita bruta consoante o art. 44, III, da Lei n. 4.506.54 (recuperações ou devoluções de custos).

4. A escrituração dos créditos de ICMS caracteriza a “aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de acréscimos patrimoniais”, muito embora possa não significar aquisição de disponibilidade financeira quando há restrições ao uso dos créditos adquiridos, e, portanto, permite a tributação pelo IRPJ e pela CSLL. Precedentes: REsp n. 859.322-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 14.09.2010; AgRg no REsp n. 1.266.868-PR, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 04.04.2013.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.448.693/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.8.2014)

Processual Civil. Tributário. Imposto de renda. Base de cálculo. Crédito presumido de IPI. Inclusão. Restrição à sistemática do lucro real. Inexistência.

1. Os embargos declaratórios somente são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente no acórdão, o que não ocorre na espécie.

2. O acórdão embargado deixa claro que todos os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte, ao diminuir sua carga tributária, impactam de forma inversamente proporcional na majoração do lucro da empresa, alargando, conseqüentemente, a base de cálculo do Imposto de Renda.

3. Não há nas razões do aresto embargado nenhuma restrição da aplicação do entendimento firmado às empresas optantes pela sistemática do lucro real, com exclusão de empresas que optem pelo lucro presumido ou lucro arbitrado.

4. O art. 53 da Lei n. 9.430/1996 determina que os valores recuperados, correspondentes a custos e despesas, inclusive com perdas no recebimento de créditos, devem ser adicionados ao lucro presumido ou arbitrado para determinação do Imposto de Renda.

5. O crédito presumido do IPI não constitui receita, de modo que, na apuração do IRPJ segundo o lucro real, não há óbice legal à sua inclusão na base de cálculo do imposto, conforme assentado no aresto embargado. Do mesmo modo, se o regime for o do lucro presumido ou arbitrado, também é possível que os valores do benefício fiscal sejam computados, nos termos do art. 53 da Lei n. 9.430/1996.

Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1.349.837/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.5.2013)

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Interno que contra ela se insurge.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência para reformar o acórdão embargado e declarar a legalidade da inclusão dos valores decorrentes de créditos presumidos de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Solicitei vista dos autos para examiná-los com maior detença.

A *Fazenda Nacional* interpôs Embargos de Divergência contra acórdão proferido pela 1ª Turma desta Corte assim ementado (fls. 2.297e):

Recurso fundado no novo CPC/2015. Tributário. Agravo interno. Crédito presumido de ICMS. Inclusão na base de cálculo do IRPJ e CSLL. Impossibilidade. Precedentes da 1ª Turma.

1. A Primeira Turma desta Corte, firmou entendimento no sentido da não inclusão do crédito presumido de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL, porquanto referidos créditos foram renunciados pelo Estado em favor do contribuinte como instrumento de política de desenvolvimento econômico daquela Unidade da Federação, devendo sobre eles ser reconhecida a imunidade do art. 150, VI, a, da CF. Precedentes: AgRg no REsp 1.227.519/RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, julgado em 24.03.2015, DJe 07.04.2015 e AgRg no REsp 1.461.415/SC, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, Primeira Turma, julgado em 13.10.2015, DJe 26.10.2015.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.517.492/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 06.10.2016, DJe 20.10.2016).

Aponta a Embargante a existência de dissenso entre o acórdão embargado e o AgInt no REsp n. 1.603.082/SC, julgado pela 2ª Turma desta Corte, cuja ementa transcrevo:

Tributário. Base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL. Crédito presumido de ICMS. Legalidade da inclusão.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança que busca obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorrente da inclusão do crédito presumido do ICMS nas bases de cálculo do IRPJ, CSLL e das contribuições ao PIS e COFINS (fl. 263, e-STJ).

2. Consoante a jurisprudência do STJ, o crédito presumido do ICMS, ao configurar diminuição de custos e despesas, aumenta indiretamente o lucro tributável e, portanto, deve compor a base de cálculo do IRPJ e da CSLL (AgRg no REsp 1.448.693/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.8.2014; EDcl no REsp 1.349.837/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 2.5.2013).

3. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1.603.082/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 22.09.2016, DJe 11.10.2016).

Nas razões recursais, alega-se que “[...] os benefícios decorrentes de créditos presumidos do ICMS constituem subvenção governamental de custeio, pois são incentivos fiscais, espécie de auxílio à empresa. Por essa razão, compõem o resultado operacional da pessoa jurídica. O crédito presumido de ICMS resulta em receitas da modalidade subvenção governamental. Assim, constituem na verdade subvenção corrente para custeio ou operação, diverso, por exemplo, de mera recuperação de custos de natureza indenizatória. Tais créditos são classificados como subvenções de custeio porque, para fins fiscais, especificamente sob a ótica do IRPJ, tem-se considerado subvenção como auxílio que não importa qualquer exigibilidade para o seu recebedor, sendo que as subvenções para custeio ou operação são aquelas que têm a finalidade de auxiliar a empresa em suas operações, para arcar com suas despesas correntes. A subvenção de custeio integra a base de cálculo do IRPJ e da CSLL porque, sendo uma espécie de auxílio à empresa, compõe o resultado operacional da pessoa jurídica” (fls. 2.306/2.307e).

Acompanham o recurso os documentos de fls. 2.315/2.320e.

Distribuídos os autos ao Ministro Og Fernandes, Sua Excelência admitiu o recurso (fls. 2.327/2.328e).

A parte Embargada apresentou impugnação às fls. 2.332/2.348e.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 2.357/2.359e, pelo provimento dos Embargos de Divergência.

Na assentada do dia 28.06.2017, o Ministro Relator proferiu voto dando provimento aos Embargos de Divergência “[...] para reformar o acórdão embargado e declarar a legalidade da inclusão dos valores decorrentes de créditos presumidos de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL”, orientação esposada pela 2ª Turma.

Após o voto de Sua Excelência, solicitei vista antecipada dos autos.

É o relatório. Passo a proferir o voto-vista.

Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

Inicialmente, importante consignar que os Embargos de Divergência encontram-se hígidos para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões preliminares ou prejudiciais a serem examinadas.

Consigne-se, outrossim, que o Supremo Tribunal Federal assentou a ausência de repercussão geral da presente controvérsia, em virtude do reconhecimento da sua natureza infraconstitucional, como segue:

Recurso extraordinário. Tributário. Créditos presumidos de ICMS. Inclusão na base de cálculo do IRPJ e da CSLL. Natureza infraconstitucional da controvérsia. Ausência de repercussão geral.

(RE 1.052.277 RG, Relator(a): Min. Dias Toffoli, julgado em 18.08.2017, Processo Eletrônico DJe-191 divulg 28.08.2017 public 29.08.2017).

No mérito, controverte-se acerca da possibilidade de inclusão de crédito presumido do Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS nas bases de cálculo do Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

Narra a Embargada que “[...] é sociedade cooperativa que desenvolve as atividades econômicas de moagem de trigo e fabricação de derivados (moinho de trigo) e prestação de serviço de armazenagem e embarque de mercadorias (terminal portuário e de congelados), conforme certificam os Cadastros Nacionais da Pessoa Jurídica – CNPJ” (fl. 02e).

O Estado do Paraná, ao editar o Decreto n. 6.080/2012, mediante o qual regulamentou o ICMS, concedeu, uma vez preenchidos os requisitos legais do

art. 69 de tal ato normativo, crédito presumido desse tributo para determinadas operações e prestações, nos seguintes termos (fls. 89, 714 e 726/728e):

Art. 4º. Os convênios concessivos de *benefícios fiscais* serão celebrados na forma prevista em lei complementar a que se refere a alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal (art. 3º da Lei n. 11.580/1996).

Parágrafo único. *As operações e as prestações beneficiadas com isenção, redução na base de cálculo e **crédito presumido** estão elencadas, respectivamente, nos Anexos I, II e III deste Regulamento.*

[...]

Anexo III

Crédito Presumido

(a que se refere o parágrafo único do Artigo 4º deste Regulamento)

[...]

24. Aos estabelecimentos fabricantes de *farinha de trigo*, obtida a partir da moagem do trigo em grão no próprio estabelecimento, classificada na subposição 1101.00 da NBM/SH, e de macarrão, mesmo que com molho, inclusive espaguete, no percentual de cinco por cento sobre o valor das saídas, em operações internas.

25. Aos estabelecimentos fabricantes de *farinha de trigo*, obtida a partir da moagem do trigo em grão no próprio estabelecimento, classificada na subposição 1101.00 NBM/SH, e de mistura pré-preparada de farinha de trigo para panificação, que contenha no mínimo 95% (noventa e cinco por cento) de farinha de trigo, classificada no código 1901.20.00 da NBM/SH, no percentual de cinco por cento sobre o valor das saídas dessas mercadorias em operações interestaduais destinadas a estabelecimentos localizados no Estado do Espírito Santo e nas operações interestaduais sujeitas à alíquota de doze por cento, exceto em relação às operações previstas no item 26.

26. Aos estabelecimentos fabricantes, em operações interestaduais com destino a contribuintes localizados nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, no percentual de dez por cento sobre o valor das saídas das seguintes mercadorias classificadas na NBM/SH:

a) *farinha de trigo* obtida a partir da moagem do trigo em grão no próprio estabelecimento (subposição 1101.00);

b) mistura pré-preparada de farinha de trigo para panificação, que contenha no mínimo 95% (noventa e cinco por cento) de farinha de trigo obtida a partir da moagem do trigo em grão no próprio estabelecimento (código 1901.20.00);

c) massas alimentícias não cozidas, nem recheadas ou preparadas de outro modo (subposições 1902.11 ou 1902.19);

d) biscoitos e bolachas derivados de trigo, dos tipos “cream cracker”, “água e sal”, “maisena”, “maria” e outros de consumo popular (subposição 1905.30) e que não sejam adicionados de cacau, recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial.

27. Aos estabelecimentos fabricantes de misturas pré-preparadas de *farinha de trigo* para panificação, que contenham no mínimo 95% (noventa e cinco por cento) de farinha de trigo obtida a partir da moagem do trigo em grão no próprio estabelecimento, classificadas no código 1901.20.00 da NCM, no percentual de cinco por cento sobre o valor das saídas, em operações internas. (destaquei)

O dissenso entre os acórdãos paradigma e o embargado repousa no fato de que o primeiro manifesta o entendimento de que o incentivo fiscal, por implicar redução da carga tributária, acarreta, indiretamente, aumento do lucro da empresa, insígnia essa passível de tributação pelo IRPJ e pela CSLL; já o segundo considera que o estímulo outorgado constitui incentivo fiscal, cujos valores auferidos não podem se expor à incidência do IRPJ e da CSLL, em virtude da vedação aos entes federativos de instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros, na forma do art. 150, VI, *a*, da Constituição da República.

Assinale-se que ambas as Turmas integrantes da 1ª Seção reconhecem a *natureza jurídica de incentivo fiscal do crédito presumido de ICMS concedido pelo ente tributante*, a ele atribuindo, todavia, efeitos distintos quanto à possibilidade de tributação pelo IRPJ e pela CSLL.

Antecipo que abraço o posicionamento manifestado pela 1ª Turma, pelos fundamentos que seguem.

Cabe lembrar que a Constituição da República hospeda vários dispositivos dedicados a autorizar certos níveis de ingerência estatal na atividade produtiva com vista a reduzir desigualdades regionais, alavancar o desenvolvimento social e econômico do país, inclusive mediante desoneração ou diminuição da carga tributária.

São exemplos dessas diretrizes constitucionais, de relevância para a análise do caso em tela, as previsões inseridas nos arts. 3º, (“Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”); 151, I (“É vedado à União: I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, *admitida a concessão*

de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País - destaque meu), e 155, § 2º, XII, alíneas e, f e g (“Cabe à lei complementar: [...] e) excluir da incidência do imposto [ICMS], nas exportações para o exterior, serviços e outros produtos além dos mencionados no inciso X, a; f) prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior, de serviços e de mercadorias; g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”).

Trata-se de alívio fiscal, indutor do desenvolvimento econômico regional, cuja disciplina normativa, *na espécie*, tem o escopo de desonerar estabelecimentos fabricantes de farinha de trigo e de produtos que a contenham em sua composição, tais como bolachas e biscoitos populares, macarrão e misturas pré-preparadas para panificação, ingrediente e alimentos básicos que devem ser acessíveis a toda a população.

Tem-se, portanto, que a outorga de crédito presumido de ICMS insere-se em contexto de envergadura constitucional, instituída por legislação local específica do ente federativo tributante.

É esse crédito, em torno do qual gravitam tais aspectos, que se pretende ver incluído nas bases de cálculo do IRPJ e da CSLL.

Com a devida vênia, ao considerar tal crédito como lucro, o entendimento manifestado pelo acórdão paradigma, da 2ª Turma, sufraga, em última análise, a possibilidade de a União retirar, por via oblíqua, o incentivo fiscal que o Estado-membro, no exercício de sua competência tributária, outorgou.

Com efeito, tal entendimento leva ao esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo, *em especial porque fundamentado exclusivamente em atos **infralegais***, consubstanciados nas Soluções de Consulta da Superintendência Regional da Receita Federal da 6ª Região Fiscal n. 144/2008 e 10/2007, e no Parecer Normativo CST n. 112/1978, *consoante declinado pela própria autoridade coatora nas informações prestadas (fls. 2.034/2.037e)*.

Saliente-se, portanto, que a Fazenda Nacional, mediante simples interpretação estampada em atos administrativos normativos, tem orientado seus órgãos a assim proceder.

Outrossim, remarque-se que a competência tributária consiste na aptidão para instituir tributos, descrevendo, por meio de lei, as suas hipóteses de incidência. No Brasil, o veículo de atribuição de competências, inclusive tributárias, é a Constituição da República. Tal sistemática torna-se especialmente relevante em um Estado constituído *sob a forma federativa*, com a peculiaridade do convívio de três ordens jurídicas distintas: a federal, a estadual/distrital e a municipal.

Não por outra razão, cuidou o legislador constituinte originário de alçar a Federação à categoria de cláusula pétrea, tornando-a intangível pelo Poder Constituinte Derivado, conforme o disposto no art. 60, § 4º, I. Daí porque, na dicção de Geraldo Ataliba, “tanto o princípio republicano quanto o federal são postos como regras supraconstitucionais, princípios super-rígidos, pedras basilares de todo o sistema”, e “obrigam todos os intérpretes, desde o primeiro – lógica e cronologicamente (Biscaretti), o legislador – até o último – o judicial –, a submeterem às suas exigências todos os demais princípios e regras constitucionais e, com maior razão, infraconstitucionais” (*República e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 45).

Como sabido, o *princípio republicano*, assim como o princípio da legalidade, constitui decorrência do princípio da segurança jurídica, que se apoia nas ideias de *certeza e igualdade*.

No modelo federativo fiscal, a Constituição dita o que pode cada pessoa política realizar em matéria tributária, demarcando os respectivos âmbitos de atuação, no intuito de evitar conflitos entre a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

O modelo federativo por nós adotado abraça a concepção segundo a qual a distribuição das competências tributárias *decorre* dessa forma de organização estatal e por ela é condicionada.

A rigor, em sua formulação fiscal, revela-se o princípio federativo um autêntico sobreprincípio regulador da repartição de competências tributárias e, por isso mesmo, elemento informador primário na solução de conflitos nas relações entre a União e os demais entes federados.

Como corolário desse fracionamento de competências, o art. 155, XII, *g*, da Constituição da República, atribuiu aos Estados-membros e ao Distrito Federal a competência para instituir o ICMS – e, por consequência, outorgar isenções, benefícios e incentivos fiscais, atendidos os pressupostos de lei complementar.

Anote-se tratar-se de tributo que, por constituir uma das principais fontes de receita para custeio do aparato estatal, assegura condições para o exercício desembaraçado da *autonomia* constitucionalmente conferida às unidades da Federação.

A concessão de incentivo por Estado-membro, observados os requisitos legais, configura, portanto, instrumento legítimo de política fiscal para materialização dessa autonomia consagrada pelo modelo federativo. Embora represente renúncia a parcela da arrecadação, pretende-se, dessa forma, facilitar o atendimento a um plexo de interesses estratégicos *para a unidade federativa*, associados às *prioridades* e às *necessidades* locais coletivas.

No caso concreto, verifica-se, de fato, interferência na política fiscal adotada pelo Estado-membro mediante o exercício de competência federal.

Examinada a questão sob valores ético-constitucionais da Federação, *limitadores do próprio exercício dessa competência*, como também pelo *princípio da subsidiariedade*, fator de salvaguarda da autonomia dos entes federados perante a atividade tributante federal, constata-se que a concorrência desses elementos, adiante sopesados, é capaz de inibir a pretensão de incidência tributária defendida pela União.

Com efeito, o juízo de validade quanto ao exercício da competência tributária há de ser implementado *em comunhão com os objetivos da Federação*, insculpidos no art. 3º da Constituição da República, dentre os quais se destaca a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), finalidade da desoneração em tela, ao permitir o barateamento de itens alimentícios de primeira necessidade e dos seus ingredientes, reverenciando o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República Federativa brasileira (art. 1º, III, C.R.).

Desse modo, a tributação pela União de valores correspondentes a incentivo fiscal estimula competição indireta com o Estado-membro, em despreço à *cooperação* e à *igualdade*, pedras de toque da Federação.

Naturalmente, não está em xeque a competência da União para tributar a renda ou o lucro, mas, sim, a irradiação de efeitos indesejados do seu exercício sobre a autonomia da atividade tributante de pessoa política diversa, em desarmonia com valores éticos-constitucionais inerentes à organicidade do princípio federativo, e em atrito com a subsidiariedade, “um princípio de bom senso”, no dizer do professor André Franco Montoro (*Federalismo e o fortalecimento do Poder Local no Brasil e na Alemanha*. Coleção Debates da

Fundação Konrad Adenauer: Rio de Janeiro, 2002. p. 59), que reveste e protege a autonomia dos Estados-membros.

Paulo Caliendo assim ensina sobre o princípio da subsidiariedade no contexto federativo:

[...] o princípio da subsidiariedade pode e deve ser utilizado como cláusula de barreira contra a tendência centralizadora do sistema federativo brasileiro, *restabelecendo o equilíbrio e indicando a correta proporcionalidade entre os meios constitucionais e o fim geral a ser alcançado*. O princípio da subsidiariedade funciona neste caso como um adequado instrumento de controle do abuso e como *cláusula de correção*. Desse modo, *na presença de valores constitucionais distintos a serem alcançados, tais como o interesse nacional e a preservação das autonomias locais, o princípio da subsidiariedade funciona como um comando normativo a indicar que **a busca do interesse geral não pode implicar esmagamento das instâncias inferiores** ou da ação espontânea individual*.

(*O Federalismo Fiscal e o Princípio da Subsidiariedade*. In Estado Federal e Tributação - Das origens à crise atual. Organizadores Misabel Abreu Machado Derzi; Onofre Alves Batista Júnior; André Mendes Moreira. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. vol. I, pp. 100-110 - destaquei).

Dessarte, é razoável que a exegese em torno do exercício de competência tributária federal, *no contexto de estímulo fiscal legitimamente concedido por Estado-membro*, tenha por vetor principal um juízo de *ponderação* dos valores federativos envolvidos.

Registre-se que antes da pacificação do tema pelo STF em repercussão geral, a doutrina, ao analisar a pretensão de que créditos de ICMS poderiam integrar as bases de cálculo do PIS e da COFINS, já afastava tal possibilidade por configurar, também, burla à Federação, nos seguintes termos:

[...] *entendimento contrário ofenderia o princípio federativo, na medida em que tributar crédito de ICMS implica intervir na tributação estadual, afetando a eficácia das imunidades e incentivos e fazendo com que, à impossibilidade de tributação ou renúncia tributária dos Estados corresponda tributação pela União, em transferência de recursos absolutamente desarrazoada, contrária à finalidade das normas de imunidade ou de incentivos*.

(PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 15ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 524 - destaquei).

É indubitável, ademais, o caráter *extrafiscal* conferido pelo legislador estadual à desoneração, consistindo a medida em instrumento tributário

para o atingimento de finalidade não arrecadatória, mas, sim, incentivadora de comportamento, com vista à realização de valores constitucionalmente contemplados, conforme apontado.

Outrossim, o abalo na credibilidade e na crença no programa estatal proposto pelo Estado-membro, a seu turno, acarreta desdobramentos deletérios no campo da *segurança jurídica*, os quais não podem ser desprezados.

Deveras, se o propósito da norma consiste em descomprimir um segmento empresarial de determinada imposição fiscal, é inegável que o ressurgimento do encargo, ainda que sob outro figurino, resultará no repasse dos custos adicionais às mercadorias, tornando inócua, ou quase, a finalidade colimada pelos preceito legais, aumentando o preço final dos produtos que especifica, integrantes, como assinalado, da cesta básica nacional.

Importante realçar que a relação jurídica de outorga de incentivo fiscal difere da dogmática da relação obrigacional tributária convencional, porquanto, naquela, o contribuinte, ao atender aos requisitos normativos, titulariza o papel de *credor do Estado*, enquanto o *Fisco torna-se devedor* do cumprimento das obrigações legais assumidas, consoante assinala José Eduardo Soares de Melo:

O direito à utilização, fruição ou realização dos incentivos – em termos lógicos e jurídicos – não pode ter vinculação ou atinência estrita ao regime jurídico de tributação, uma vez que, na referida relação jurídica, o contribuinte é o credor (sujeito ativo), enquanto o poder público qualifica-se como devedor (sujeito passivo). A relação eminentemente tributária consubstancia situação nitidamente oposta, ou seja, o poder público é o sujeito ativo, enquanto o contribuinte é o sujeito passivo.

(*Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais*. In Regime Jurídico dos Incentivos Fiscais. Hugo de Brito Machado (coord.). São Paulo: Malheiros, 2015. p. 307).

Assente-se que, hodiernamente, despontam no cenário das questões tributárias preocupantes discussões tendentes a legitimar o alargamento de bases de cálculo tributárias por intermédio da inclusão de outros tributos, isto é, a situação denominada *tributo sobre tributo*, tal como a da inserção do ICMS na base cálculo do PIS/COFINS.

No ponto, convém reavivar, conforme lição de Geraldo Ataliba, que “a base imponible é a dimensão do aspecto material da hipótese de incidência”, e, assim, “enquanto aspecto da hipótese de incidência, a base imponible é um conceito-legal, a que fica preso o intérprete”, e sua mensuração “só pode ser feita de acordo com o critério normativo que na base de cálculo (legal) se adota”

(*Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros: 2016. pp. 108 e 110).

A base de cálculo, inquestionavelmente, haverá sempre de guardar pertinência com aquilo que pretende medir, não podendo conter aspectos estranhos, é dizer, absolutamente impertinentes à própria materialidade contida na hipótese de incidência.

A esse respeito, já advertia, há muito, Alfredo Augusto Becker:

O critério de investigação da natureza jurídica do tributo que se demonstrará ser o único verdadeiramente objetivo e jurídico, parte da base de cálculo para chegar ao conceito do tributo. Este só poderá ter uma única base de cálculo. A sua conversão em cifra é que poderá variar de método: ou peso e/ou medida e/ou valor. Quando o método é o do valor, *surge facilmente o perigo de se procurar atingir este valor mediante a valorização de outro elemento que consistirá, logicamente, outra base de cálculo e com isto, ipso facto, desvirtuou-se o pretendido gênero jurídico do tributo.* [...].”

(*Teoria Geral do Direito Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2007. p. 395 - destaquei).

Cumprir destacar, ademais, em sintonia com as diretrizes constitucionais apontadas, *o fato de a própria União ter reconhecido a importância da concessão de incentivo fiscal pelos Estados-membros e Municípios, prestigiando essa iniciativa precisamente com a isenção do IRPJ e da CSLL sobre as receitas decorrentes de valores em espécie pagos ou creditados por esses entes a título de ICMS e ISSQN, no âmbito de programas de outorga de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços*, nos termos da Lei n. 11.945/2009, *verbis*:

Art. 4º. *Ficam isentas do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL as receitas decorrentes de valores em espécie pagos ou creditados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, relativos ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, no âmbito de programas de concessão de crédito voltados ao estímulo à solicitação de documento fiscal na aquisição de mercadorias e serviços.*

Por fim, cumpre registrar, *dada a estreita semelhança axiológica com o presente caso*, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em regime de repercussão geral,

o RE n. 574.706/PR, assentou a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Entendeu o Plenário da Corte, por maioria, que o valor de ICMS *não se incorpora ao patrimônio do contribuinte, constituindo mero ingresso de caixa, cujo destino final são os cofres públicos*, conforme acórdão assim ementado:

Recurso extraordinário com repercussão geral. Exclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e COFINS. Definição de faturamento. Apuração escritural do ICMS e regime de não cumulatividade. Recurso provido. 1. Inviável a apuração do ICMS tomando-se cada mercadoria ou serviço e a correspondente cadeia, adota-se o sistema de apuração contábil. O montante de ICMS a recolher é apurado mês a mês, considerando-se o total de créditos decorrentes de aquisições e o total de débitos gerados nas saídas de mercadorias ou serviços: análise contábil ou escritural do ICMS. 2. A análise jurídica do princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS há de atentar ao disposto no art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição da República, cumprindo-se o princípio da não cumulatividade a cada operação. 3. O regime da não cumulatividade impõe concluir, conquanto se tenha a escrituração da parcela ainda a se compensar do ICMS, não se incluir todo ele na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal. O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS. 3. Se o art. 3º, § 2º, inc. I, in fine, da Lei n. 9.718/1998 excluiu da base de cálculo daquelas contribuições sociais o ICMS transferido integralmente para os Estados, deve ser enfatizado que não há como se excluir a transferência parcial decorrente do regime de não cumulatividade em determinado momento da dinâmica das operações. 4. Recurso provido para excluir o ICMS da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS.

(RE 574.706, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 15.03.2017, Acórdão Eletrônico DJe-223 divulg 29.09.2017 public 02.10.2017).

Antes de acompanhar, no mérito, o entendimento sustentado pela Ministra Relatora, o Ministro Celso de Mello, em seu voto, ressaltou, preliminarmente, a importância de proceder-se à interpretação do Direito Tributário pela essência dos institutos e princípios que lhes são próprios, rechaçando a interpretação econômica, nos seguintes termos:

Veja-se, pois, que, para efeito de definição e identificação do conteúdo e alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, o Código Tributário Nacional, em seu art. 110, "faz prevalecer o império do Direito Privado – Civil ou Comercial (...)" (ALIOMAR BALEIRO, "Direito Tributário Brasileiro", p. 687, item n. 2, atualizada pela Professora MISABEL ABREU MACHADO DERZI, 11ª ed.,

1999, Forense – grifei), **razão pela qual esta Suprema Corte**, para fins jurídico-tributários, **não pode recusar** a definição que aos institutos **é dada** pelo direito privado, **sem** que isso envolva interpretação da Constituição **conforme as leis**, **sob pena de prestigiar-se**, no tema, **a interpretação econômica** do direito tributário, **em detrimento** do postulado da tipicidade, **que representa**, no contexto de nosso sistema normativo, **projeção natural e necessária** do princípio constitucional da reserva de lei em sentido formal, **consoante adverte** autorizado magistério doutrinário (GILBERTO DE ULHÔA CANTO, “in” **Caderno de Pesquisas Tributárias** n. 13/493, 1989, Resenha Tributária; GABRIEL LACERDA TROIANELLI, “**O ISS sobre a Locação de Bens Móveis**”, “in” **Revista Dialética de Direito Tributário**, vol. 28/7-11, **8-9**). (destaques do original)

Note-se que, na linha de raciocínio esposada pelo Supremo Tribunal Federal, os créditos presumidos de ICMS, concedidos no contexto de incentivo fiscal, não teriam, com ainda mais razão, o condão de integrar as bases de cálculo de outros tributos, como quer a ora Embargante, em relação ao IRPJ e à CSLL, quer porque não representam lucro, quer porque tal exigência tem fundamento em meras normas infralegais, quer ainda, à vista de fundamento não menos importante, por malferir o princípio federativo.

Isto posto, com a vênia do Senhor Ministro Relator, dele divirjo para *negar provimento* aos Embargos de Divergência.

É o voto.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Senhor Presidente, o acórdão embargado é do Ministro *Sérgio Kukina*. O Ministro Relator, *Og Fernandes*, dá provimento aos Embargos de Divergência, para fazer prevalecer o acórdão paradigma, que foi prolatado no âmbito da Segunda Turma. Na verdade, esse tem sido o posicionamento adotado, de maneira muito firme, pela Segunda Turma, desde um voto pioneiro que foi proferido sobre o assunto, de relatoria, salvo engano, do Ministro *Castro Meira*.

Assim, peço a mais respeitosa vênia à divergência, inaugurada pela Ministra *Regina Helena Costa*, mas, para guardar coerência com a posição que venho adotando, no âmbito da Segunda Turma, de acordo com os seus precedentes, acompanho o eminente Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, peço permissão a Vossa Excelência para usar a palavra por brevíssimos minutos, apenas para assinalar a minha admiração pelo voto que acaba de ser proferido pela ilustre Ministra e Professora *Regina Helena Costa*, não somente pelo refinamento do pensamento jurídico que Sua Excelência expôs, mas, sobretudo, por ter revelado um sentimento de enternecimento federativo em um momento em que o poder absorvente da União, centralizador, esmaga, praticamente, as autonomias estaduais e municipais.

2. Penso, Senhor Presidente, que é o momento adequado - e que foi muito bem aproveitado pela Ministra *Regina Helena Costa* - de se allear a bandeira de preservação da competência tributária dos entes federados, pondo-a, essa competência, a salvo do poder centralizador, absorvente e concentrador que a União Federal frequentemente exerce, como se o conceito de federação fosse algo absolutamente plástico, rigorosamente desprovido de doutrina, ou seja, uma coisa tópica, que pudesse seguir as vicissitudes políticas de determinado Estado, quando os doutrinadores do federalismo do Brasil, dentre os quais, o Professor PAULO BONAVIDES, o saudoso Professor GERALDO DE ATALIBA, excelente mestre não apenas em Direito Tributário, mas também em Direito Constitucional e Ciência Política, e também o Professor FRANCO MONTORO, apelam para o bom senso dos Juízes na interpretação dessa sutil e difícil convivência com entes políticos sobre o mesmo espaço.

3. A autonomia e a participação são as duas leis básicas de qualquer federação. As singularidades da formação histórica, como se usa fazer com relação ao Brasil e aos Estados Unidos, é para se dizer que a diferença entre as nossas federações justifica o centralismo que ocorre no Brasil. O centralismo que ocorre no Brasil não decorre de comparação com o modelo americano, mexicano ou alemão, nem com um, nem com outro, decorre simplesmente da vocação autoritária do Estado brasileiro e da herança imperial de Pedro I, que eliminou, como muitos sabem, diversos patriotas nordestinos entre 1817 e 1824, como o *Frei Caneca*, arcabuzado no Forte das Cinco Pontas, em Recife.

4. Pois bem, Senhor Presidente, fiquei bastante entusiasmado com o voto que a Ministra *Regina Helena Costa* acaba de proferir. Poucas vezes vi, em quase trinta anos de Magistratura, um assunto específico de Direito Tributário

elevado a uma culminância tão alta e tão excelentemente tratada. Sendo assim, acompanho integralmente o voto da Ministra *Regina Helena Costa*, pedindo todas as vênias aos Ministros *Og Fernandes* e *Assusete Magalhães*, por ter ela representado para mim as ideias que eu gostaria de ter exposto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro *Og Fernandes*: Após análise do voto-vista da Ministra *Regina*, verifico que a solução que conferi à controvérsia – no sentido de reconhecer a possibilidade de inclusão dos créditos presumidos de ICMS na base de cálculo do IRPJ e da CSLL – não merece reparo.

Primeiro porque, ao meu sentir, o precedente mencionado no voto-vista referente à impossibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS em nada se confunde com a questão ora em debate, porquanto, neste caso, não se discute a incidência de tributo sobre tributo, mas, sim, a constatação de que a obtenção de crédito presumido pela contribuinte acarretou aumento do lucro tributável, fato que se amolda ao fato gerador do IRPJ e da CSLL.

Segundo, se a União concedeu isenção aos contribuintes em situações idênticas à dos autos, assim o fez porque entendeu conveniente. Isso não induz à conclusão de que, na espécie, inexistente fato gerador do tributo.

Registro que o deferimento de isenção pelo titular da competência pressupõe a pretérita subsunção do fato à hipótese de incidência prevista para os tributos, que culmina com o surgimento da obrigação tributária, havendo apenas, por intermédio da norma isentiva, comando para que o crédito correspondente não seja constituído por intermédio do lançamento.

Por fim, em arremate a tudo o que consta do meu voto, entendo que o fato gerador de referidos tributos se encontra presente em face da própria legislação que os disciplina, tendo em vista a comprovação de que, na espécie, há aumento indireto do lucro tributável. E esse fato, em verdade, é o que interessa, pois, de acordo com o princípio basilar do Direito Tributário intitulado de *non olet*, a definição do fato gerador deve ser interpretada com abstração dos fatos *que lheram origem*, da validade jurídica do ato efetivamente praticado, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Assim, considero irrelevante o fato de o aumento do lucro tributável ter como origem o direito à obtenção de crédito presumido.

Desse modo, pedindo todas as vênias à divergência, mantenho meu voto com os aditamentos acima transcritos.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.487.139-PR (2014/0260926-5)

Relator: Ministro Og Fernandes

Recorrente: União

Recorrente: Estado do Paraná

Procurador: Carlos Frederico Mares Souza Filho e outro(s) - PR008277

Recorrido: Os Mesmos

Recorrido: Lucineia Laufer

Advogados: Keylla Rosiana Krindges de Oliveira e outro(s) - PR049608

Solange Maria Giese Hofmann - PR052492

Recorrido: Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu - VIZIVALI

Advogados: Rodrigo Biezu - PR036244

Luiz Rodrigues Wambier e outro(s) - RS066123A

Leonardo Teixeira Freire - RS072094

Evelyn Moreno Weck - PR042944

EMENTA

Administrativo. Processual Civil. Recurso especial. Alegação de violação do dispositivo do art. 535, I e II, do Código de Processo Civil/1973. Rejeição. Suposta afronta aos dispositivos do art. 403 do Código Civil e do art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999. Ausência de prequestionamento. Súmula 211 do STJ e Súmulas 282 e 356 do STF. Aplicabilidade. Mérito. Suscitada violação dos dispositivos dos arts. 80, §§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996; 2º da Lei n. 9.131/1995; 11 do Decreto n. 2.494/1998; 186, 187 e 927 do Código Civil; e 14 do Código de Defesa do Consumidor. Não ocorrência. Teoria dos motivos determinantes. Aplicação. Princípios da boa-fé

e da confiança. Incidência. Recurso especial da União conhecido e recurso especial do Estado Paraná conhecido parcialmente, mas para lhes negar provimento. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil/2015 c/c o art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

1. No caso, o Tribunal de origem manifestou-se, expressamente, sobre os dispositivos dos arts. 80, § 1º, e 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996; 2º da Lei n. 9.131/1995 e, ainda, deu a interpretação cabível à regra regulamentar (Decreto n. 2.494/1998). Não há que se falar, portanto, em violação do dispositivo do art. 535 do Código de Processo Civil/1973, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, uma vez que a causa foi devidamente fundamentada, de modo coerente e completo. Foram demonstradas as razões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhe, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelos recorrentes.

2. O aresto impugnado não debateu, nem sequer implicitamente, a questão à luz do art. 403 do Código Civil e do art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999, bastando para tal conclusão verificar-se o inteiro teor do julgado. Logo, não foi cumprido o necessário e indispensável exame da matéria pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal, nesse ponto, do recorrente Estado do Paraná. Incidência das Súmulas 211 do STJ e 282 e 356 do STF.

3. No caso, o Conselho Nacional de Educação, instado a se manifestar, editou ato público (Parecer CNE/CES n. 290/2006, revisando o Parecer CNE/CES n. 14/2006) direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, a propósito do curso objeto desta demanda, explicitando que era “do Conselho Estadual de Educação do Paraná a competência para credenciamento, autorização e reconhecimento de instituições, cursos e programas do seu Sistema de Ensino, não havendo necessidade de reconhecimento do ‘curso’ no MEC, pois não se trata de programa ofertado na modalidade de educação a distância”.

4. A revisão desse posicionamento afronta a boa-fé dos interessados, o princípio da confiança, bem como malferem os motivos determinantes do ato, os quais se reportaram à efetiva incidência do inciso III do § 3º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996 – LDB e ao

atendimento do contido no Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei n. 10.172/2001, dentro da denominada “Década da Educação”.

5. Outrossim, descabia ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, como perfizera via do Parecer n. 193/2007, restringir o escopo preconizado pelo inciso III do § 3º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996, quando dispõe acerca da realização dos programas de capacitação. É que o dispositivo legal permitiu a realização de “programas de capacitação para todos os professores em exercício”, não exigindo que os discentes sejam professores com vínculo formal com instituição pública ou privada.

6. Segundo a teoria dos motivos determinantes, “a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada” (RMS 20.565/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.3.2007, DJ 21.5.2007).

7. Incidência do princípio da confiança no tocante à Administração Pública, o qual se reporta à necessidade de manutenção de atos administrativos, ainda que se qualifiquem como antijurídicos (o que não é o caso em exame), desde que verificada a expectativa legítima, por parte do administrado, de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta administrativa. Princípio que corporifica, na essência, a boa-fé e a segurança jurídica. (REsp 1.229.501/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 6.12.2016, DJe 15.12.2016).

8. Inexistência de violação dos dispositivos dos arts. 80, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.394/1996 (e, por consequência, do art. 11 do decreto 2.494/1998) e do art. 2º da Lei n. 9.131/1995, porquanto o estabelecido no art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996 dá amparo ao órgão estadual de educação para credenciar, autorizar e fiscalizar os cursos relativos a programas de capacitação de professores em exercício, transitoriamente (enquanto durou a “Década da Educação”), como no caso em exame. Distinção da fundamentação determinante neste julgado daquela externada no julgamento do REsp 1.486.330/PR, de minha relatoria, com conclusão, igualmente, diferente e que representa a evolução do entendimento, diante do aporte de novos fundamentos.

9. Aliás, como bem dito pelo aresto recorrido, “ainda que se entendesse aplicável, na espécie, o art. 80 da Lei de Diretrizes e Bases

da Educação (Lei n. 9.394/1996) – que dispõe sobre o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidade de ensino, e de educação continuada, atribuindo à União a competência para o credenciamento de instituições de ensino (§ 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União) –, não há como afastar a regra contida no art. 87, do mesmo diploma legal, que determinou – expressamente e em caráter transitório – ao Distrito Federal, aos Estados, aos Municípios e apenas supletivamente à União, a realização de programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive com os recursos da educação a distância”.

10. Necessária a diferenciação de responsabilidade para as três situações distintas: a) a dos professores que concluíram o curso e que detinham vínculo formal com instituição pública ou privada (para cuja situação somente houve o ato ilícito da União); b) a dos professores que perfizeram o curso, mas que não tinham vínculo formal com instituição pública ou privada, enquadrando-se como voluntários ou detentores de vínculos precários de trabalho (para cuja situação concorreram com atos ilícitos a União e o Estado do Paraná); c) a dos denominados “estagiários” (para cuja situação não há ato ilícito praticado pelos entes públicos).

11. Teses jurídicas firmadas:

11.1. Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes, executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu, a sua desconstituição ou revogação pelo próprio Conselho Nacional de Educação ou mesmo a sua não homologação pelo Ministério da Educação autorizam a tese de que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

11.2. Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação

de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, o qual já havia possibilitado o ingresso anterior dos alunos sem vínculo formal como professor de instituição pública ou privada (Portaria n. 93/2002 do Conselho Estadual de Educação do Paraná), a sua desconstituição ou revogação pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação pelo Ministério da Educação, ou, ainda, pelo Parecer n. 193/2007 do Conselho Estadual de Educação do Paraná autorizam a tese de que a União e o Estado do Paraná são responsáveis, civil e administrativamente, e de forma solidária, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

11.3. Inexistindo ato regulamentar, seja do Conselho Nacional de Educação, seja do Conselho Estadual de Educação do Paraná, sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu relativamente a alunos estagiários, descabe falar em condenação dos aludidos entes, devendo a parte que entender prejudicada postular a indenização em face, tão somente, da instituição de ensino.

12. Recurso especial da União conhecido e recurso especial do Estado Paraná conhecido parcialmente, mas para lhes negar provimento.

13. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, conhecer do recurso especial da União e conhecer, parcialmente, do recurso especial do Estado do Paraná, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina (voto-vista), Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho (que se declarar habilitado a votar) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 21.11.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se, no caso, de dois recursos especiais interpostos nestes autos em oposição a arestos prolatados pelo eg. TRF-4, assim ementados (e-STJ, fls. 1.265-1.266 e fl. 1.303):

Administrativo. Expedição de certificado de conclusão/diploma de curso superior. Indenização por danos material e moral. Legitimidade passiva da União. Juízo de retratação. Art. 543-C do CPC. Responsabilidade.

O eg. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n. 1.344.771 pela sistemática prevista no art. 543-C do CPC, na redação dada pela Lei n. 11.672/2008, consolidou o entendimento no sentido de que, 'em se tratando de demanda em que se discute a ausência/obstáculo de credenciamento da instituição de ensino superior pelo Ministério da Educação como condição de expedição de diploma aos estudantes, é inegável a presença de interesse jurídico da União, razão pela qual deve a competência ser atribuída à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988'.

Evidenciada a divergência entre o posicionamento adotado por esta Corte e aquele sufragado pelo STJ, e tendo em vista a faculdade concedida pelo art. 543-C, § 7º, inciso II, do CPC, o entendimento original desta Corte deve ser ajustado às razões que fundamentaram o precedente-paradigma.

Conquanto o art. 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996) atribua à União a competência para o credenciamento de instituições de ensino no âmbito dos programas de ensino à distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada, o art. 87, do mesmo diploma legal, determinou - expressamente e em caráter transitório - ao Distrito Federal, aos Estados, aos Municípios e apenas supletivamente à União, a realização de programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive com os recursos da educação à distância. Além de não restringir o universo dos destinatários da norma transitória (p.ex., a 'professores com vínculo empregatício devidamente comprovado'), o art. 87 não referiu a necessidade de autorização federal para as modalidades não presenciais. E era razoável que assim não o fizesse à época, haja vista a urgência na qualificação de um número significativo de profissionais em todo o território nacional até o final da 'Década da Educação'.

Administrativo e Processual Civil. Embargos de declaração. Prequestionamento expresso.

1. São cabíveis embargos de declaração quando houver no acórdão obscuridade, contradição ou for omissis em relação a algum ponto sobre o qual o Tribunal devia ter se pronunciado e não o fez (CPC, art. 535), ou ainda, por construção jurisprudencial, para fins de prequestionamento, como indicam as súmulas 282 e 356 do e. STF e a 98 do e. STJ.

2. Explicitado que o acórdão embargado não contrariou e/ou negou vigência ao dispositivo legal invocado.

3. Embargos parcialmente providos.

Passo ao relatório, separadamente, de ambas as insurgências.

Do relato do recurso especial interposto pelo Estado do Paraná (e-STJ, fls. 1.317-1.324)

Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado do Paraná, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal/1988, alegando, inicialmente, que o aresto combatido violou o dispositivo do art. 535, I e II, do CPC/1973, porquanto “olvidou qualquer menção ao art. 87, § 3º, III, da LDB que prevê que os Estados deveriam, para capacitar seus professores, utilizar ‘os recursos da educação a distância’, considerando a autorização para funcionamento do programa irregular”.

Reclama, ainda, da violação do dispositivo dos arts. 80, § 1º, da Lei n. 9.384/1996; 403 do Código Civil/2002 e 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999.

Aduz que “o TRF4 deu interpretação equivocada ao artigo 80 da Lei n. 9.394/1996 (LDB) e violou o artigo 87, § 3º, III da LDB, pois a conduta do recorrente foi absolutamente conforme este último dispositivo, pelo que inexistente qualquer nexos causal entre conduta sua e os danos alegados pela recorrida. Por isso, também violado o art. 403, *caput* do Código Civil”.

Acrescenta que é “fato incontroverso nos autos que o real obstáculo ao registro e expedição do diploma da recorrida, professora voluntária, que realizou o Curso de Capacitação, foi o parecer 139/07 do CNE, pois por conta dele nenhuma Universidade aceitou registrar o diploma”.

Requer o conhecimento e provimento deste recurso especial, “a fim de (i) anular o acórdão recorrido, diante das omissões e contradição verificadas, por

ofensa ao artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil, ou, então, (ii) reformar o acórdão recorrido, por ofensa aos art. 80, § 1º, da LDB (Lei n. 9.394/1996), art. 403 do Código Civil e art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999 [...]”.

A Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI apresenta contrarrazões (e-STJ, fls. 1.544-1.562), requerendo a manutenção do acórdão combatido.

A União oferece contrarrazões (e-STJ, fls. 1.476-1.483), suscitando a ausência de prequestionamento e, no mérito, à mútua de violação direta de dispositivo de lei federal, o não provimento do recurso.

O recurso especial foi admitido (e-STJ, fl. 1.571).

Do relato do recurso especial interposto pela União (e-STJ, fls. 1.333-1.364)

Trata-se de recurso especial interposto pela União, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal/1988, sob o argumento de que o aresto impugnado violou o dispositivo do art. 535, II, do CPC/1973, porque deixou de emitir pronunciamento acerca da aplicabilidade do disposto no art. 80, § 1º, da Lei n. 9.394/1996, c/c o art. 11 do Decreto n. 2.494/1998, bem como sobre o art. 2º da Lei n. 9.131/1995.

Tece considerações sobre a disciplina legal em relação à matéria em debate neste feito, reclamando, a seguir, de ofensa aos dispositivos dos arts. 80, §§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996, ao art. 11 do Decreto n. 2.494/1998 e ao art. 2º da Lei n. 9.131/1995. Argumenta que, no caso, o aresto questionado relegou “à inexistência jurídica e à negativa de vigência disposição geral da LDBE definidora de competência da União para o reconhecimento e a outorga do funcionamento de cursos de Nível Superior a distância”.

Aduz que, “no exercício da competência material do inciso III do § 3º do art. 87 da LDB (§ 3º O Distrito Federal, cada Estado e Município, e, supletivamente, a União, devem: [...] III - realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação a distância), disposição de natureza transitória, deveria o Estado do Paraná ter observado o regramento do art. 80 quanto ao credenciamento das instituições habilitadas a prestar o ensinamento a distância, seja por se tratar de disposição permanente do texto legal, seja por tratar de forma exclusiva o

credenciamento das instituições de ensino. Igualmente deveria ter observado as competências para credenciamento para ensino superior disciplinadas no já citado Decreto n. 2.494/1998”.

Conclui que “descabe responsabilizar a União, por meio do Ministério da Educação, por criar a alegada ‘insegurança jurídica’ ao alterar entendimento exarado no Parecer CNE/CES 290/2006 como regra a legitimar a atuação do Estado do Paraná quanto ao credenciamento, autorização e reconhecimento de instituições, cursos e programas do seu sistema de ensino, dispensando a necessidade”. Afirma que, por força do art. 2º da Lei n. 9.131/1995, as deliberações do Conselho Nacional de Educação, para terem validade, deveriam ser homologadas pelo Ministério da Educação, tratando-se de ato administrativo complexo, o que não ocorreu no caso em exame.

Argumenta que, na forma da jurisprudência desta Corte, a validade da realização de curso superior depende do devido credenciamento no Ministério da Educação, sendo que, nos autos, “é incontroverso que a Faculdade Vizivali, à época de todos esses fatos, não buscou seu credenciamento perante o MEC e tampouco pretendeu obter autorização para a oferta do Programa Especial de Capacitação de seus alunos, fazendo-o diretamente ao Estado do Paraná, o qual se autodeclarou, ao arrepio da lei, competente para tanto”.

Aduz que o acórdão, no que concerne à indenização arbitrada em desfavor da União, viola os dispositivos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil/2002, diante da inexistência do dever do ente estatal de indenizar a parte autora.

Requer “seja conhecido e provido o presente recurso especial a fim de que [1] seja anulado o v. acórdão por violação ao art. 535, II, do CPC a fim de que outro seja prolatado analisando a aplicabilidade do art. 80, § 1º da Lei n. 9.394/1996, do art. 11 do Decreto n. 2.494/1998 e do art. 2º da Lei n. 9.131/1995 ou, ainda, [2] para que, reconhecendo a ofensa, pelo acórdão local, às disposições dos arts. 80, §§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da L. n. 9.394/1996, ao art. 11 do Decreto 2.494/1998, ao art. 2º da Lei n. 9.131/1995; aos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil e, por fim, ao art. 14 do CDC, determine a reforma do julgado para o fim de absolver a União da responsabilidade extracontratual imposta e dos correlatos deveres estabelecidos no acórdão [...]”.

A Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI, igualmente, apresenta contrarrazões (e-STJ, fls. 1.497-1.509), requerendo a manutenção do julgado recorrido.

Do relato comum a ambas as insurgências

Foi determinado o trâmite deste feito sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (e-STJ, fls. 1.635-1.636).

Com vista dos autos, o MPF pugna pelo provimento do recurso da União e não provimento da insurgência interposta pelo Estado do Paraná (e-STJ, fls. 1.645-1.662).

Em petição subsequente, o Estado do Paraná pleiteou que fosse feita comunicação aos Presidentes do TJPR e do TRF da 4ª Região no sentido de que procedam ao sobrestamento dos feitos que tratam o tema (e-STJ, fls. 1.665-1.666), tendo gerado os expedientes reportados pelas Cortes de origem (e-STJ, fls. 1.677-1.681), tendo sido comunicado o peticionante (e-STJ, fl. 1.685).

O Estado do Paraná volta a requerer a comunicação aos Presidentes do TJPR e do TRF da 4ª Região no sentido de que procedam ao sobrestamento dos feitos que tratam do tema (e-STJ, fls. 1.688-1.689).

Pautado o feito para julgamento, a Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI requereu em, 19 de abril de 2017, o cancelamento da afetação dos recursos vinculados ao Tema 928 (e-STJ, fls. 1.698-1.717).

Subsequentemente, em 26 de abril de 2017, na data designada para realização da sessão de julgamento, a Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI interpõe pedido de retirada do feito de pauta, tendo em vista que, no REsp 1.517.748/PR, ao ser apresentado pedido de cancelamento da afetação como recurso repetitivo, foi aberta vista dos autos para manifestação dos demais litigantes (e-STJ, fls. 1.722-1.724).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): Aprecio, de início, o requerimento da Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI de cancelamento da afetação do presente feito ao Tema n. 928.

Dito pleito deve ser indeferido, por diversas razões, as quais se encontram abaixo discriminadas:

a) primeiro, porque precluso o pleito, na medida em que a decisão que afetou o julgamento desta demanda sob o rito dos recursos repetitivos foi

proferida em 25 de maio de 2015 (e-STJ, fls. 1.635-1.636), sendo que, somente depois de pautado o feito, vem a parte requerer o cancelamento da dita afetação.

b) as razões invocadas – inexistência de multiplicidade de processos e eventuais óbices processuais – se encontram superadas diante da decisão que entendeu que o caso deveria ser julgado sob a então sistemática do art. 543-C do CPC/1973.

c) o fundamento quanto ao cancelamento da afetação de outros recursos sobre essa matéria é descabido, porquanto isso não altera a higidez da decisão antes proferida, publicada devidamente em Diário Oficial, tendo a parte tido dela ciência efetiva e, somente agora, pretende, em evidente tumulto processual, o cancelamento.

d) a discussão acerca da correção, ou não, do entendimento firmado pelo e. TRF da 4ª Região sobre a matéria não é fundamento para embasar pedido de cancelamento de afetação de recurso sob o rito dos recursos repetitivos, por óbvio, até porque tal se refere ao mérito que ainda será julgado.

Por fim, frise-se que, no caso do REsp 1.517.748/PR, também de minha relatoria, sobre a petição de cancelamento da afetação, pelo fato de o recurso ainda não ter sido pautado, foi dada vista para manifestação pelos demais litigantes. Demais disso, foi levado em consideração que, com o julgamento a ser processado neste recurso especial, a matéria poderá ficar decidida e nem sequer será necessário o julgamento, como repetitivo, do REsp 1.517.748/PR.

Todavia, esse fato não autoriza qualquer ilação, no sentido de que, por isso, deveria também o presente recurso ter cancelado a afetação para julgamento como recurso repetitivo.

Sendo assim, indefiro, por descabido e inoportuno, o pleito de cancelamento da afetação deste recurso formulado pela Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI.

Considerações sobre a aplicação ao caso do resultado do julgamento do REsp 1.344.771/PR, no que concerne à legitimidade da União para figurar no polo passivo da lide

De início, esclareço que a esta demanda já fora aplicada, pela Corte de origem, a conclusão havida no julgamento do REsp 1.344.771/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques.

É que a Primeira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do referido apelo nobre, sob a sistemática dos recursos repetitivos, “consolidou o entendimento no sentido de que, ‘em se tratando de demanda em que se discute a ausência/obstáculo de credenciamento da instituição de ensino superior pelo Ministério da Educação como condição de expedição de diploma aos estudantes, é inegável a presença de interesse jurídico da União, razão pela qual deve a competência ser atribuída à Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988”.

Assim sendo, o TRF-4, em juízo de retratação, adequou o seu julgado anteriormente proferido no feito, a fim de considerar a União como parte legítima para integrar a lide, ficando superado dito ponto.

Passo, primeiramente, ao exame das questões prévias ao mérito dos recursos especiais interpostos.

Da análise acerca da alegada violação dos dispositivos do art. 535, I e II, do CPC/1973

O Estado do Paraná, sob o fundamento de violação do dispositivo legal acima reportado, assim consigna (e-STJ, fl. 1.319):

[...] 3.1) Violação ao artigo 535, I e II, do Código de Processo Civil Cabia ao eg. Tribunal Regional Federal o afastamento das omissões apontadas nos declaratórios.

O acórdão olvidou qualquer menção ao art. 87, § 3º, III, da LDB que prevê que os Estados deveriam, para capacitar seus professores, utilizar “os recursos da educação à distância”, considerando a autorização para funcionamento do programa irregular.

O Estado do Paraná credenciou a Faculdade VIZIVALI regularmente, embasado neste dispositivo de Lei Federal.

Note-se que o Conselho Estadual de Educação do Paraná estava legitimado, pelo art. 87 da LDB, a autorizar a oferta do programa da forma como foi feito; não há usurpação de competência ou irregularidade nos atos do Conselho Estadual de Educação. Os parágrafos e incisos deste mandamento recomendavam aos Estados e Municípios autorizar o uso dos recursos da educação à distância, de forma pontual e excepcional.

De sua parte, a recorrente/União, sob idêntico fundamento, argumenta que (e-STJ, fl. 1.336):

O acórdão que julgou os embargos de declaração é nulo por violação direta ao artigo 535, inciso II do Código de Processo Civil, visto que:

a) deixou de emitir pronunciamento acerca da aplicabilidade do disposto no artigo 80, § 1º, da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases) c/c o artigo 11 do Decreto n. 2.494/1998, dispositivos legais que regem a matéria em debate nos autos.

[...]

b) deixou de emitir pronunciamento acerca da aplicabilidade do disposto no e do artigo 2º da 9.131/1995 [...].

No que se refere ao art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996, o aresto questionado, ao contrário do que afirma o Estado do Paraná, manifestou-se sobre o tema, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 1.253-1.254):

Como regra de transição, dispôs, no § 3º do inciso III do artigo 87, que os entes federativos deveriam realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive utilizando os recursos da educação à distância:

Art. 87. É instituída a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta Lei.

[...].

§ 3º O Distrito Federal, cada Estado e Município, e, supletivamente, a União, devem:

[...]

III - realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação à distância; (grifei) Para o cumprimento dessa meta, o Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná instituiu o Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil (Processo n. 1.461/02 - Deliberação n. 04/2002, aprovada em 04.09.2002), a ser executado até 31.12.2007, com o objetivo de 'propiciar, a todos os profissionais em exercício de atividades docentes, formação em nível superior, em caráter especial' (art. 1º, § 1º - grifei). Prescreveu como requisito para participação nesse Programa Especial, além do exercício de atividades docentes, a condição de portador de 'certificado de conclusão de curso de nível médio ou de diploma na modalidade normal, ou equivalente' (art. 2º - grifei).

Sobre a alegação da União, de que houve omissão do TRF-4 quanto ao exame dos arts. 80, § 1º, da Lei n. 9.394/1996 e 11 do Decreto n. 2.494/1998, igualmente não lhe assiste qualquer razão, como se pode verificar dos seguintes excertos do acórdão impugnado (e-STJ, fl. 1.257):

Os arts. 10 e 11 do Decreto n. 5.622, de 19/12/2005 - invocados pela União para sustentar a competência federal para autorização de curso e/ou programa de nível superior, na modalidade à distância -, são posteriores ao credenciamento da Faculdade VIZIVALI pelo Conselho Estadual de Educação do Paraná em 2002 e respectiva renovação em 2004. À época, vigoravam o Decreto n. 3.860/2001, que não disciplinou a matéria, e o Decreto n. 2.494/1998, que regulamentou o art. 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996), sem dispor - de modo específico - sobre a norma de transição inserta no art. 87 do mesmo diploma legal.

E ainda que se entendesse aplicável, na espécie, o art. 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996) - que dispõe sobre o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidade de ensino, e de educação continuada, atribuindo à União a competência para o credenciamento de instituições de ensino ('§ 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União') -, não há como afastar a regra contida no art. 87, do mesmo diploma legal, que determinou - expressamente e em caráter transitório - ao Distrito Federal, aos Estados, aos Municípios e apenas supletivamente à União, a realização de programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive com os recursos da educação à distância.

Além de não restringir o universo dos destinatários da norma de transição (p.ex., 'professores com vínculo empregatício devidamente comprovado'), o art. 87 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação não referiu à necessidade de autorização federal para as modalidades não presenciais. E era razoável que assim não o fizesse à época, haja vista a urgência na qualificação de um número significativo de profissionais em todo o território nacional, até o final da 'Década da Educação' [...].

De outra parte, a questão debatida acerca da autorização, ou não, de órgão do Poder Executivo para funcionamento do curso, o e. TRF-4, após discorrer longamente sobre as premissas jurídicas que adotava, assim consignou (e-STJ, fl. 1.259):

Repare-se que, a despeito da fixação de prazo para exibição de documentação comprobatória de regularidade da matrícula de alguns alunos em 2004, não há qualquer notícia da adoção de medidas tendentes à cassação da autorização anteriormente concedida.

Essa circunstância, aliada ao teor do Parecer acima destacado, corrobora a convicção de que o Parecer n. 193/2007, emitido pelo órgão estadual, consubstanciou a adoção de uma interpretação restritiva da Lei, com alteração do posicionamento original, o que, evidentemente, não poderia produzir efeitos retroativos.

Idêntica conduta temerária adotou o Conselho Nacional de Educação, que, em um curto espaço de tempo (de 1º.02.2006 a 11.04.2007) e já próximo do exaurimento da eficácia da norma transitória do art. 87 da LDB, emitiu três Pareceres distintos, ora admitindo a regularidade ora reconhecendo a irregularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Faculdade VIZIVALI (Pareceres CNE/CES n. 14/2006, 290/2006 e 193/2007), com repercussão extremamente negativa para uma gama imensa de alunos e instituições envolvidas. *Conquanto a União alegue que se tratava de ato administrativo complexo, tendo sido aprovado somente o último Parecer pela autoridade ministerial competente (art. 2º da Lei n. 9.131/1995), fato é que, afora questionáveis as conclusões ali lançadas, todas as manifestações anteriores do CNE tornaram-se públicas e influenciaram o posicionamento adotado pelas Universidades, que se recusaram a proceder ao registro dos diplomas/certificados, e pelo próprio Estado do Paraná.*

Nem há como cogitar de negligência por parte dos alunos - que não teriam averiguado, previamente, a validade e o reconhecimento oficial do Programa Especial de Capacitação Profissional sub judice -, porque, além de ter sido ofertado por instituição de ensino pública regularmente constituída (o que realça a boa fé do(a) autor(a)), os próprios entes públicos (União e Estado do Paraná) controvertem acerca de sua (ir)regularidade, adotando posições vacilantes em relação à correta interpretação da legislação de regência.

A segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, constitui valor singular no sistema jurídico e cumpre função primordial na realização da própria ideia de justiça material. O ordenamento jurídico, tal qual a vida, equilibra-se entre os pólos da segurança (na abstrata imutabilidade das situações constituídas) e da inovação (para fazer frente ao *pânta rei*). Assim, na relação (fundamental) entre tempo e direito, a expressão 'princípio da segurança jurídica' marca, como signo pleno de significados que é, o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência - valoriza, por exemplo, o fato de o cidadão não ser apanhado de surpresa por modificação ilegítima na linha de conduta da Administração, ou por lei posterior, ou modificação na aparência das formas jurídicas. (grifos acrescentados)

Do que se verifica, o aresto recorrido enfrentou todas as questões e atribuiu o entendimento que supôs devido, no sentido de que a autorização foi concedida, rejeitando, por conseguinte, a suscitada violação do dispositivo do art. 2º da Lei n. 9.131/1995.

Assim, inexistiu qualquer omissão sobre o debate em relação às citadas normas legais, pois, na verdade, o que pretendem os recorrentes é manifestar discordância acerca das premissas utilizadas pelo TRF-4 para resolução da lide.

A jurisprudência deste STJ é uniforme quanto a rechaçar, em casos que tais, a suscitada violação do dispositivo do art. 535 do CPC/1973:

Processual Civil. Artigo 535 do CPC. Ofensa não caracterizada. Art. 273 do CPC. Tutela antecipada. Requisitos. Verificação. Impossibilidade. Reexame de provas. Sumula 7 do STJ. Fundamento constitucional. Incidência da Súmula 126/STJ. Não conhecimento do recurso pela alínea "a". Dissídio pretoriano prejudicado.

1. Não se verifica a ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos.

Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. É assente a orientação jurisprudencial desta Corte no sentido de que a verificação da ocorrência ou não dos pressupostos para a concessão de antecipação de tutela demanda reexame do conjunto probatório dos autos, vedado em Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Foram debatidas matérias de natureza constitucional e infraconstitucional. No entanto, a recorrente interpôs apenas o Recurso Especial, sem discutir a matéria constitucional, em Recurso Extraordinário, no excelso Supremo Tribunal Federal. Assim, aplica-se na espécie o teor da Súmula 126/STJ.

4. O não conhecimento do apelo raro na parte em que apontada violação dos artigos 273 e 473 do CPC inviabiliza, por conseguinte, a análise do alegado dissídio pretoriano a respeito desses mesmos dispositivos legais. Destarte, fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 615.053/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17.3.2015, DJe 6.4.2015)

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Ação rescisória. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Não ocorrência. Acórdão devidamente fundamentado. Ausência de redistribuição dos ônus de sucumbência. Aplicação da Súmula 7/STJ. Entendimento da Corte de origem fundado em fatos e provas. Art. 485, V, do CPC/1973. Inviabilidade, por não ser sucedâneo recursal. Ausência de demonstração de ofensa à lei. Agravo interno desprovido.

1. Não há que se falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/1973, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, uma vez que a causa foi devidamente fundamentada, de modo coerente e completo. Foram demonstradas as razões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhe, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelos recorrentes.

2. A verificação de sucumbência mínima ou recíproca da parte, bem como a necessidade de redimensionamento da verba honorária, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório constante dos autos, o que é defeso a esta Corte Superior, nos termos da Súmula 7 do STJ.

3. “É assente a orientação desta Corte de que a verificação da violação de dispositivo literal de lei (art. 485, V, do CPC) requer exame minucioso do julgador, com intuito de evitar que essa ação de natureza desconstitutiva negativa seja utilizada como sucedâneo de recurso, tendo lugar apenas nos casos em que a transgressão à lei é flagrante” (AgRg no AREsp 45.867/AL, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18.08.2016, DJe 26.08.2016).

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1.611.071/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 7.2.2017, DJe 14.2.2017)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual Civil e Tributário. Ausência de violação do art. 535, inciso II do CPC. Embargos à execução. Suficiência de documentos para comprovação do débito principal na fase de liquidação. Reexame de provas. Incidência da Súmula 7 do STJ. Ônus da prova para comprovar a inexatidão dos valores apresentados pelo contribuinte. Ausência de impugnação específica do acórdão recorrido. Aplicação da Súmula 283 do STF. Divergência jurisprudencial não caracterizada. Agravo regimental do contribuinte desprovido.

1. Não restou configurada a infringência ao art. 535, incisos I e II do CPC, porquanto o Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada.

2. O Tribunal de origem consignou que a exequente não apresentou documentos que possibilitem à Contadoria aferir o montante devido.

Logo, para o acolhimento da pretensão recursal, a fim de reconhecer que os documentos acostados nos autos (DARF, acompanhado de comprovante de pagamento e planilhas de cálculos detalhadas) são suficientes, ou não, para apuração do débito principal em sede de liquidação, seria indispensável o reexame de provas carreadas aos autos, o que é inviável de análise nesta Corte por incidência da Súmula 7 desta Corte, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

3. A ausência de impugnação por parte dos agravantes dos fundamentos do acórdão objurgado, os quais são suficientes para mantê-lo, torna inafastável, por analogia, a incidência da Súmula 283 do STF.

4. Quanto à alínea c do permissivo constitucional, o sugerido dissídio jurisprudencial não foi, analiticamente, demonstrado, visto que os recorrentes

apresentaram apenas os paradigmas jurisprudenciais tidos por violados, indicados somente pelas suas sínteses ou ementas, obstaculizando, evidentemente, o cotejo e a conclusão de discrepância, o que não comporta o seu acolhimento como revelador do apontado dissenso (arts. 541, parág. único do CPC e 255, § 2º do RISTJ).

5. Agravo Regimental do contribuinte desprovido.

(AgRg no AREsp 497.618/CE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 13.12.2016, DJe 3.2.2017)

Como visto acima, o e. TRF-4 enfrentou e decidiu a causa, com os fundamentos e premissas estabelecidos no aresto recorrido, debatendo acerca dos dispositivos invocados pelas partes, nada obstante atribuindo solução jurídica diversa daquela postulada pelos litigantes.

Dessa forma, rejeita-se a suscitada violação do dispositivo do art. 535, I e II, do CPC/1973.

Da alegada ausência de prequestionamento pelo Estado do Paraná de questões em relação às quais suscita violação de dispositivos de lei federal no apelo nobre

A União, em contrarrazões ao recurso especial interposto pelo Estado do Paraná (e-STJ, fls. 1.476-1.483), aduz ter havido ausência de prequestionamento, assim fundamentando sua pretensão:

O presente recurso não merece ser conhecido, dada a ausência do necessário e adequado prequestionamento do dispositivo legal em tese vulnerado, nos moldes exigidos pelas Súmulas n. 282 e 356 do STF, e 98 do STJ.

De fato, é sabido que a ausência de prequestionamento dos dispositivos tidos por violados constitui óbice intransponível ao conhecimento do recurso às instâncias extraordinárias. Nessa linha, como dito, há orientação pacificada nas súmulas n. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, e 98 do Superior Tribunal de Justiça.

Destaque-se que as questões de ordem infraconstitucional controvertidas devem ter constado de debate específico pelo acórdão recorrido, atendendo ao prequestionamento. No caso em exame, a leitura do acórdão demonstra que não houve no voto condutor do julgamento o exame dos dispositivos legais que o recorrente alega terem sido vulnerados, o que não impediu, todavia, o Tribunal “a quo” de enfrentar as questões postas nos autos por ocasião do julgamento.

Nesse sentido, observa-se que a recorrente sequer indica os dispositivos legais que entende terem sido violados, carecendo, portanto, seu recurso, do necessário prequestionamento.

Desta forma, tratando-se no Recurso Especial de insurgência a dispositivo legal que não foi explicitamente mencionado no julgamento de 2º grau, há manifesta inovação na discussão posta na via extraordinária.

Logo, não havendo manifestação explícita/apreciação da matéria pela Corte Regional acerca de cada dispositivo legal invocado, é razão suficiente para o não conhecimento do recurso.

Impõe-se, assim, a negativa de seguimento ao recurso.

Trata-se, como se pode perceber da transcrição acima, de mera alegação genérica, razão pela qual não pode ser conhecida essa postulação da União, suscitada via das contrarrazões acostadas aos autos, eis que sem fundamentação, consoante as Súmulas 182 do STJ e 284 do STF.

Da ausência de prequestionamento, pelo Estado do Paraná, no que se refere à alegada violação dos dispositivos do art. 403 do Código Civil e art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999

O aresto impugnado não debateu a questão à luz dos arts. 403 do Código Civil e 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999, bastando para tal conclusão verificar-se o inteiro teor do julgado.

Demais disso, compulsando a peça de embargos de declaração interpostos pelo Estado do Paraná ao acórdão questionado (e-STJ, fls. 1.288-1.294), não se tem sequer alegação de afronta a tais dispositivos legais. Sendo assim, trata-se de evidente inovação – descabida – em recurso especial, motivo pelo qual não se conhece dessa arguição.

Nesses casos, a jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de não conhecimento do recurso, nesse particular:

Processual Civil. Empréstimo compulsório. Correção monetária. Diferenças. Execução. Cessão de crédito. Ausência de prequestionamento. Súmula 282/STF. Deficiência na fundamentação. Súmula 284/STF. Ilegitimidade ativa. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Ausência de notificação ao devedor. Exigibilidade da dívida. Art. 290 do CC. Súmula 83/STJ.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto à matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem (art. 525, § 1º, II, do CPC/2015), dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

2. A questão enfrentada e decidida nos autos pelo Tribunal de origem foi o reconhecimento de que, em virtude da cessão de direitos, a recorrida/cessionária passou a ser a legítima titular do direito.

Todavia, as razões da Eletrobrás partem da premissa de que a demanda teria sido ajuizada pela empresa cedente e não pela cessionária.

Assim, os fundamentos do Recurso Especial mostram-se dissociados dos fatos examinados pelo Tribunal de origem. A deficiência na fundamentação de Recurso Especial que impeça a exata compreensão da controvérsia atrai, por analogia, a incidência da Súmula 284/STF.

3. Rever o entendimento do Tribunal de origem de que, diante da cessão da dos créditos, a recorrida possui legitimidade ativa para a Execução do título demanda, *in casu*, reexame do conjunto fático-probatório dos autos, obstado nos termos da Súmula 7/STJ.

4. O devedor, citado em ação de cobrança pelo cessionário da dívida, não pode opor resistência fundada na ausência de notificação.

Precedentes: AgRg no REsp 1.353.806/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8.5.2013; AgRg no Ag 1.400.103/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 10.8.2011; REsp 936.589/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 22.2.2011. Aplicação da Súmula 83/STJ.

5. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1.642.179/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.2.2017, DJe 6.3.2017) (grifos acrescidos)

Processo Civil. Recurso especial. Art. 1º da Lei n. 5.614/1970. Ausência de prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do C. STF.

1. A ausência de prequestionamento do art. 1º da Lei n. 5.614/1970 impede o conhecimento do recurso especial, por força da aplicação, in casu, das Súmulas 282 e 356 do C. STF, uma vez que a função do Superior Tribunal de Justiça é uniformizar o entendimento acerca da aplicação da legislação infraconstitucional federal, sendo-lhe defeso atuar como Terceira Instância revisora ou Tribunal de Apelação reiterada.

2. Não é lícita a imposição de restrição ao exercício profissional, *in casu*, a negativa de arquivamento das atas de assembléia geral ordinária e extraordinária de pessoas jurídicas, na Junta Comercial, ante a existência de “pendências” tributárias, como meio coercitivo para o pagamento de tributos. Precedentes.

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 516.631/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.2.2004, DJ 15.3.2004, p. 1)

Dessa forma, não se conhece da suscitada violação dos dispositivos dos arts. 403 do Código Civil e 2º, parágrafo único, XIII, da Lei n. 9.784/1999, por ausência de prequestionamento, incidindo as Súmulas 282 e 356 do STF.

Assim, não sendo conhecido esse recurso pelos outros fundamentos, há de se examinar o seu mérito pela alegada violação dos dispositivos dos arts. 80,

§§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996; 2º da Lei n. 9.131/1995; 11 do Decreto 2.494/1998; 186, 187 e 927 do Código Civil; e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ)

O objeto do debate nestes autos diz respeito à condenação da União e do Estado do Paraná, solidariamente, a: “(a) promover/abster-se de criar óbice ao registro de seu diploma/certificado e (b) pagar indenização por dano moral, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pelos fundamentos acima declinados”.

1. No caso em exame, são pontos fáticos não controvertidos nos autos os seguintes:

1.a) O Curso Normal Superior, no âmbito do Programa de Capacitação e Formação de Professores em Nível Superior, na modalidade semi-presencial, foi ofertado pela VIZIVALI, após ter sido autorizado pelo Conselho Estadual de Educação do Paraná;

1.b) O Conselho Nacional de Educação, em 1º.2.2006, aprovou o Parecer n. 14/2006, conforme assentado no aresto recorrido, “de interesse da Coordenadoria Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor/Procuradoria Geral do Município de Foz do Iguaçu, no qual restou consignado que ‘a previsão legal (art. 80 da LDB, § 1º, regulamentado pelo art. 7º, inc. I, e art. 10 do Decreto n. 5.622, de 19.12.2005) estabelece que é competência exclusiva do Ministério da Educação o credenciamento de instituições vinculadas ao sistema federal de ensino e das demais de outros sistemas para oferta de ensino superior na modalidade a distância”;

1.c) O Conselho Estadual de Educação do Paraná, através do Parecer n. 193/2007, “ratificou a validade do Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil, implementado pelo Estado do Paraná e ofertado pela VIZIVALI (autorizada pela Portaria n. 93/2002 do Conselho Estadual de Educação do Paraná), contudo explicitou que os destinatários do programa seriam somente profissionais no efetivo exercício de atividades docentes, com vínculo empregatício”;

1.d) Em 7.12.2006, o Conselho Nacional de Educação, revisando o Parecer CNE/CES n. 14/2006, emitiu o Parecer n. 290/2006, via do qual, em síntese, assinalou que:

[...] o Programa não agride a orientação emanada do § 1º, art. 80 da Lei n. 9.394/1996-LDB, pois, além de não constituir em 'curso', mas, sim, em programa, não é ministrado na modalidade a distância, mas, sim, na modalidade semipresencial, portanto, com fundamento no inciso III, § 3º, do art. 87 da mesma LDB e na Lei n. 10.172/2001, que aprovou e instituiu o Plano Nacional de Educação', e (g) 'A instituição de educação superior Faculdade Vizinhança do Vale do Iguaçu - VIZIVALI foi credenciada e autorizada pelo Sistema Estadual de Ensino do Paraná para a oferta do Programa de Capacitação, com amparo na Deliberação n. 04/02-CEE/PR, a qual regulamentou a oferta de programas de Capacitação de Docentes em Serviço, naquele Sistema, de acordo com o que estabelece o inciso III, parágrafo 3º, do artigo 87, da Lei n. 9.394/1996, e em atendimento à Lei n. 10.172/2001, que aprovou o Plano Nacional de Educação

[...]

'é do Conselho Estadual de Educação do Paraná a competência para credenciamento, autorização e reconhecimento de instituições, cursos e Programas do seu Sistema de Ensino, não havendo necessidade de reconhecimento do 'curso' no MEC, pois não se trata de programa ofertado na modalidade de educação a distância' (grifos acrescido)

1.e) Em 14.6.2007, o Conselho Nacional de Educação revisou o Parecer CNE/CES n. 290/2006 (que, por sua vez, havia revisado o de n. 14/2006), emitindo o Parecer n. 139/2007, com o seguinte teor:

[...] não é dos Conselhos Estaduais de Educação a prerrogativa de credenciar IES para o ensino à distância (ou semi-presidencial) em nível superior, não detendo, esta instância estatal, autonomia para o ato

[...] É do Conselho Estadual de Educação do Paraná a competência para o credenciamento de, tão somente, instituições para oferta de cursos a distância no nível básico, educação de jovens e adultos, educação especial e educação profissional, vinculados ao seu Sistema de Ensino; o credenciamento de instituições para a oferta de educação superior na modalidade a distância compete, exclusivamente, nos termos da lei, ao Ministério da Educação. Como conclusão de nossa análise, entendemos que o Programa de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil, autorizado pelo Conselho Estadual de Educação do Paraná, em nível superior, o foi, equivocadamente, na forma semi-presencial, quando deveria sê-lo na modalidade presencial. (grifos acrescidos)

2. Os fundamentos suficientes deduzidos pela União para infirmar a conclusão do julgado que a condenou a registrar os diplomas e a indenizar os alunos, solidariamente com o Estado do Paraná, podem ser resumidos aos seguintes:

2.a) Por força do art. 2º da Lei n. 9.131/1995, as deliberações do Conselho Nacional de Educação, para terem validade, deveriam ser homologadas pelo Ministério da Educação, tratando-se de ato administrativo complexo, o que não ocorreu no caso em análise;

2.b) A validade da realização de curso superior depende do devido credenciamento perante o Ministério da Educação, o que não ocorreu na situação em exame; e

2.c) A condenação da União, portanto, viola os dispositivos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil/2002, diante da inexistência do dever do ente estatal de indenizar a parte autora.

3. De sua parte, o Estado do Paraná suscita, como fundamentos suficientes para reforma do julgado, os seguintes:

3.a) A sua conduta fundou-se no dispositivo do art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996, razão pela qual não poderia ser condenado, solidariamente, com a União a indenizar a parte autora; e

3.b) Inexiste nexo causal entre qualquer ato ilícito praticado pelo ente estadual e o alegado dano causado à parte requerente, até porque “o real obstáculo ao registro e expedição do diploma da Recorrida, professora voluntária, que realizou o Curso de Capacitação foi o parecer 139/07 do CNE, pois por conta dele nenhuma Universidade aceitou registrar o diploma”.

4. O aresto impugnado externou como fundamentos suficientes para condenação da União e do Estado do Paraná os seguintes pontos:

a) em relação ao(à) professor(a), portador(a) de ‘certificado de conclusão de curso de nível médio ou de diploma na modalidade normal, ou equivalente’, que, *à época, comprovadamente, exercia atividades docentes junto a uma instituição de ensino pública ou privada, por força de vínculo empregatício formal*, é ilegítima a negativa de registro do respectivo diploma/certificado, porque o Programa Especial de Capacitação foi regularmente ministrado pela Faculdade VIZIVALI, com base em autorização estatal legítima (art. 87, § 3º, inciso III, da Lei n. 9.394/1996), sendo desnecessário o implemento de qualquer requisito/condição adicional (p.ex. realização de curso complementar) para o reconhecimento da titulação obtida.

b) em relação ao(à) professor(a), portador(a) de ‘certificado de conclusão de curso de nível médio ou de diploma na modalidade normal, ou equivalente’, que, *à época, comprovadamente, exercia atividades docentes junto a uma instituição de ensino pública ou privada, na condição de voluntário*, é ilegítima a negativa de registro do respectivo diploma/certificado, porque o Programa Especial de

Capacitação foi regularmente ministrado pela Faculdade VIZIVALI, com base em autorização estatal legítima (art. 87, § 3º, inciso III, da Lei n. 9.394/1996), sendo desnecessário o implemento de qualquer requisito/condição adicional (p. ex. realização de curso complementar) para o reconhecimento da titulação obtida. A expressão legal ‘professores em exercício’ não comporta a restrição que a União e o Estado do Paraná pretendem estabelecer (existência de vínculo empregatício formal entre o professor e a escola), nem foi comprovada a falsidade do documento que atesta o exercício da docência pelo(a) autor(a). Além disso, não é crível supor que, em toda a extensão do território estadual, inclusive nas localidades mais distantes (zona rural), todas as escolas - incluídas as de menor porte - mantêm em seus quadros somente profissionais contratados formalmente, com os pesados encargos legais daí decorrentes. Se, de fato, havia docentes contratados precariamente, eles também devem ser considerados ‘professores em exercício’, para os fins da Lei.

c) em relação ao(à) estagiário(a), é legítima a negativa de registro do respectivo diploma/certificado, porque, embora o Programa Especial de Capacitação tenha sido ministrado pela Faculdade VIZIVALI, com base em autorização estatal específica (art. 87, § 3º, inciso III, da Lei n. 9.394/1996), *ele(a) não preenchia o requisito legal para ser nele admitido(a), qual seja, a condição de docente*. O estagiário não ostenta o status de professor, justamente por encontrar-se em processo de formação acadêmica. Logo, não pode ser considerado ‘profissional em exercício do magistério’. (grifos acrescidos)

Observe-se, assim, que para o exame completo da controvérsia estabelecida nesta demanda, há de se ter em conta, além dos fundamentos jurídicos externados pelas partes e pelo aresto combatido, a distinção relativa a três situações: a) a dos professores que concluíram o curso e que detinham vínculo formal com instituição pública ou privada; b) a dos professores que perfizeram o curso, mas que não tinham vínculo formal com instituição pública ou privada, enquadrando-se como voluntários ou detentores de vínculos precários de trabalho; e c) a dos denominados “estagiários”.

Como visto, o decisório recorrido entendeu que, para as duas primeiras situações, a parte requerente faz jus ao registro e à indenização, descabendo no que se refere ao último caso.

Diante disso, identificados, conforme acima, os fundamentos relevantes das partes e do aresto combatido, passa-se à análise e decisão desta Corte Superior, naquilo que se terá como fundamentos determinantes, de acordo com o tópico a seguir.

Fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, ambos do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ):

Da distinção relativa à conclusão havida no julgamento do REsp 1.486.330/PR, de minha relatoria

A fim de se manter a coerência dos julgados, especialmente em se tratando o STJ de uma Corte que se pretende de precedentes, penso que, antes de adentrar no mérito, há de se tecer considerações sobre a distinção dos fundamentos externados neste voto em relação ao que proferi no REsp 1.486.330/PR, no qual esta questão foi ventilada.

Como efeito, naquele julgamento assentei a conclusão de que o art. 80 da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), somente autorizava a União ao credenciamento de cursos, mesmo no caso relativo à capacitação de professores, conforme ementa que, por elucidativa, transcrevo abaixo:

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial e agravo do art. 544 do CPC. Ensino superior. Indenização por dano moral. Violação do art. 535, II, do CPC. Ausência. Entrega de diploma de curso superior semipresencial realizado pela Faculdade Vizivali no âmbito do programa especial de capacitação para a docência. Invalidez da autorização de funcionamento do curso outorgada pelo Estado do Paraná. Configuração de culpa de terceiro. Necessidade de reexame de provas. Súmula 7/STJ. Agravo em recurso especial adesivo. Fundamentos não impugnados. Súmula 182/STJ. Agravo não conhecido.

1. Não ocorre contrariedade ao art. 535, II, do CPC, quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, assim como não há que se confundir entre decisão contrária aos interesses da parte e inexistência de prestação jurisdicional.

2. No caso, o Tribunal *a quo* concluiu pela presença dos elementos necessários à caracterização do dever de indenizar, sendo imprescindível o exame de matéria fática para que se acolha a pretensão recursal, providência vedada nesta via, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. O argumento de que a realização de curso semipresencial não se equipara a curso à distância para fins do disposto no art. 80, § 1º, da Lei n. 9.394/1996 não foi debatido na instância de origem, nem suscitado nos aclaratórios, tampouco formulado na fundamentação ao art. 535 do CPC, o que impede a apreciação da matéria na presente seara, ante a ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF.

4. A atribuição conferida aos Estados para a realização de programas de capacitação para os professores, valendo-se, inclusive, dos recursos da educação à distância - art. 87, III, da LDB - não autoriza os referidos entes públicos a credenciarem instituições privadas para promoverem cursos nessa modalidade, considerando-se o regramento expresso no art. 80, § 1º, da Lei n. 9.394/1996, o qual confere à União essa prerrogativa.

5. É inviável o agravo do art. 544 do CPC que deixa de atacar o fundamento da decisão impugnada. Incidência, por analogia, da Súmula 182 do Superior Tribunal de Justiça.

6. Recurso especial conhecido em parte para, nessa extensão, negar-lhe provimento. Agravo em recurso especial adesivo não conhecido.

Ocorre que os fundamentos externados ali se reportaram a uma moldura de fundamentação na quase totalidade destoante deste feito, uma vez que, muito embora se reportem a uma situação fática, a fundamentação determinante permite chegar a conclusões diferentes, agora.

Frise-se, inclusive, que naquele julgamento sequer se adentrou, de forma específica, no alcance do dispositivo do art. 80 da Lei n. 9.394/1996, em razão do óbice processual quanto ao prequestionamento da matéria, conforme se infere do seguinte excerto do voto:

Por outro lado, o argumento de que a realização de curso semipresencial não se equipara a curso à distância para fins do disposto no art. 80, § 1º, da Lei n. 9.394/1996 não foi debatido na instância de origem, nem suscitado nos aclaratórios, tampouco formulado na fundamentação ao art. 535 do CPC, o que impede a apreciação da matéria na presente seara, ante a ausência de prequestionamento. Aplica-se, portanto, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF, respectivamente: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Demais disso, não se nega que o art. 80 da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) continua com higidez normativa e que nenhuma conclusão decorre, mesmo agora, no sentido de não ser a União o ente com atribuição exclusiva para credenciamento e autorização dos cursos reportados na legislação de regência.

Acontece que outros fundamentos são aportados abaixo, os quais somente puderam ser examinados com maior acuidade neste momento processual e após o amadurecimento do debate, seja pelas partes, seja por este Tribunal. E são

eles: a) questão da autorização havida pelo Conselho Nacional de Educação; b) acolhimento da teoria dos motivos determinantes; c) incidência do princípio da confiança, resultante da boa-fé e corolário da segurança jurídica; d) a própria distinção do comando excepcional – porque transitório – do art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996, em conjugação com a meta da denominada “Década da Educação”.

Todos esses novos fundamentos serão esmiuçados a seguir, esclarecendo que nenhum deles integrou a fundamentação suficiente para resolução do REsp 1.486.330/PR.

Da atuação do Conselho Nacional de Educação e da conseqüente responsabilidade da União, exclusivamente, pelos danos causados aos alunos que possuíam vínculo formal como professores da rede pública ou particular de ensino

Nesse particular, não tem razão a União.

É que, conforme visto dos autos, o Conselho Nacional de Educação, instado a se manifestar, editou ato público (Parecer CNE/CES n. 290/2006, revisando o Parecer CNE/CES n. 14/2006) e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, a propósito do curso objeto desta demanda, explicitando o seguinte:

(a) ‘A Deliberação n. 04/02- CEE, que regulamentou o inciso III, § 3, do artigo 87 da Lei n. 9.394/1996 - LDB, atendeu também ao contido no Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei n. 10.172/2001’; (b) ‘A Lei n. 9.394/1996 (LDB), ao determinar a qualificação mínima para o exercício do magistério na Educação Básica (Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio), coloca como qualificação prioritária a formação em nível superior, em graduação plena, admitida, isto é, tolerada, a formação em nível médio na modalidade Normal ou equivalente, para o exercício do magistério na Educação Infantil e séries iniciais do Ensino Fundamental’; (c) ‘Diante da exigência legal de, no mínimo, formação em magistério em nível médio, na modalidade Normal ou equivalente, para o exercício docente nas séries iniciais do ensino fundamental e, inclusive, na educação infantil, e constatando que havia ainda muitos professores leigos atuando nesses níveis de ensino, o Conselho Estadual de Educação do Paraná regulou a oferta de programas, apoiando iniciativas do Poder Público e de entidades de direito privado para a formação desses docentes ainda não qualificados.’ ‘O CEE/PR buscou nos §§ 3º e 4º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996, na Lei n. 10.172/2001 - Plano Nacional de Educação, bem como na orientação do Conselho Nacional de Educação uma alternativa prática que pudesse levar a formação de docentes da Educação Infantil e Ensino Fundamental, em nível

superior'; (d) 'a decisão do CEE/PR em aprovar a Deliberação [n. 04/02], além de toda a orientação e o embasamento legal citados, teve como apoio o Parecer CNE/CES n. 4/97'; (e) 'Os Conselhos Estaduais de Educação são legalmente os órgãos normativos dos Sistemas Estaduais de Ensino, responsáveis pela elaboração das normas da educação para os Estados, pela autorização, credenciamento e reconhecimento de estabelecimentos e cursos e pela fiscalização de todos os atos das instituições que compõem os respectivos Sistemas de Ensino. São, portanto, órgãos de Estado e podem estabelecer políticas públicas para o ensino que atendam às demandas da sociedade, como é o caso do Programa de Formação de Professores em Serviço, advindo da Década da Educação e regulado pela Deliberação n. 4/2002 CEE/PR, à luz do que estabelece o inciso III, do § 3º, do artigo 87 da LDB'; (f) 'o Programa não agride a orientação emanada do § 1º, art. 80 da Lei n. 9.394/1996-LDB, pois, além de não constituir em 'curso', mas, sim, em programa, não é ministrado na modalidade a distância, mas, sim, na modalidade semipresencial, portanto, com fundamento no inciso III, § 3º, do art. 87 da mesma LDB e na Lei n. 10.172/2001, que aprovou e instituiu o Plano Nacional de Educação'; e (g) 'A instituição de educação superior Faculdade Vizinhança do Vale do Iguaçu - VIZIVALI foi credenciada e autorizada pelo Sistema Estadual de Ensino do Paraná para a oferta do Programa de Capacitação, com amparo na Deliberação n. 04/02-CEE/PR, a qual regulamentou a oferta de programas de Capacitação de Docentes em Serviço, naquele Sistema, de acordo com o que estabelece o inciso III, parágrafo 3º, do artigo 87, da Lei n. 9.394/1996, e em atendimento à Lei n. 10.172/2001, que aprovou o Plano Nacional de Educação'; 'O Programa de Capacitação foi autorizado pelo Conselho Estadual de Educação do Paraná, na forma semi-presencial, em nível superior, sendo, pois, expedido diploma de graduação plena, dando direito não somente à continuidade de estudos em nível de pós-graduação, como também permitindo a participação do concluinte em concursos públicos que exijam escolaridade superior, uma vez que o seu diploma, quando registrado, tem validade nacional, conforme o artigo 48 da LDB, n. 9.394/1996'; 'A Deliberação n. 4/02-CEE/PR definiu a quem é destinado o Programa de Capacitação, ou seja, àqueles profissionais em exercício de atividades docentes, mediante comprovação de conclusão do Ensino Médio. Cabe ao Sistema de Ensino do Paraná, conforme considerado anteriormente, supervisionar o cumprimento do estabelecido em suas normas, bem como nos processos de credenciamento, autorização de funcionamento e reconhecimento de cursos de sua responsabilidade'; e '*é do Conselho Estadual de Educação do Paraná a competência para credenciamento, autorização e reconhecimento de instituições, cursos e Programas do seu Sistema de Ensino, não havendo necessidade de reconhecimento do 'curso' no MEC, pois não se trata de programa ofertado na modalidade de educação a distância.*' (grifos acrescentados)

Ora, a referida manifestação, enviada ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, nem sequer se reportou a uma necessidade de – suposta – homologação

do entendimento por parte do Ministro de Estado da Educação. Pura e simplesmente consignou que era da atribuição do órgão estadual credenciar, autorizar e reconhecer as instituições, cursos e programas de seu sistema de ensino, porque entendeu não se tratar de “programa ofertado na modalidade de educação a distância”.

Dessa forma, à instituição credenciada – Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – não pode ser imputada qualquer prática de ato ilícito, em tendo observado os limites da autorização concedida.

De outra parte, não se pode, também, imputar ao Estado do Paraná, qualquer ato ilícito, porquanto atuou, no que concerne à autorização do curso relativamente aos discentes que eram professores com vínculo formal perante instituição pública ou privada, dentro dos limites concedidos pelo próprio órgão da União.

De mais a mais, tem aplicação à hipótese a teoria dos motivos determinantes, assim definida por Celso Antônio Bandeira de Mello:

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciar-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam. (*Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396).

Ainda a respeito da teoria dos motivos determinantes, é bom trazer a lume o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho:

Desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidade do ato.

Acertada, pois, a lição segundo a qual “tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade” (*Manual de Direito Administrativo*. 20ª ed. Rio de Janeiro, 2008, p. 113).

Mais ainda: trata-se de caso típico a se invocar a aplicabilidade do princípio da confiança, traduzido na boa-fé que os administrados e outros destinatários depositam nos atos praticados pelos agentes públicos.

Com efeito, sobre a teoria dos motivos determinantes e o princípio da confiança, esta Corte Superior, em mais de um julgado, assim se manifestou:

Administrativo. Servidor público. Ato de indeferimento de requerimento de retorno às funções. Processo administrativo disciplinar de apuração de abandono de cargo. Ato de aplicação da sanção de demissão. Atos administrativos distintos. Motivos determinantes de cada ato.

I - Por se tratar de atos administrativos distintos, cada um deve expor os seus motivos determinantes.

II - Segundo a teoria dos motivos determinantes, “a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada” (RMS 20.565/MG, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15.03.2007, DJ 21.05.2007).

III - Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos.

(EDcl no RMS 48.678/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16.2.2017, DJe 8.3.2017) (grifos acrescidos)

Recurso especial. Administrativo. Violação dos arts. 138 e 139, I, do Código Civil. Ocorrência. Servidor público estadual. Exoneração a pedido, com o fim de assumir cargo estadual para o qual foi nomeado. Ocorrência de erro essencial na manifestação da vontade do servidor. Nomeação tornada sem efeito. Possibilidade de invalidação do ato de exoneração. Aplicação do art. 140 do CC/2002.

1. Não se conhece da parte do recurso especial, no que concerne à discussão sobre patamares indenizatórios, desde quando, nesse particular, houve preclusão do autor/recorrente que não se irressignara com o julgamento que concluíra pelo provimento parcial da apelação.

2. No caso, o autor, baseado em documento oriundo do Ministério Público do Estado de São Paulo, o qual informava que o cargo de Assistente Técnico de Promotoria I era privativo de profissional médico, pediu exoneração de cargo médico que exercia no IMESC, ora requerido, para poder tomar posse nesse novo labor. Ocorre que, após nomeado e depois de ter solicitado exoneração do seu anterior cargo (no IMESC), veio-lhe a informação de que, na verdade, o cargo não se qualificava como privativo de profissional médico e não poderia ser cumulado com outro vínculo de médico que o autor detinha no IML/SP.

3. Trata-se de ocorrência de erro essencial na manifestação de vontade do servidor ao requerer sua exoneração com base em falso motivo, caracterizado pela sua nomeação para assumir outro cargo, depois tornada sem efeito, é cabível

a invalidação do ato de exoneração, com a reintegração do servidor ao cargo anteriormente ocupado. Aplicação do disposto no art. 140 do Código Civil/2002. Precedente: (REsp 870.841/RS, Recurso Especial 2006/0169409-2, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 7.5.2009, publicado no DJe 25.5.2009).

4. *Demais disso, de acordo com a teoria dos motivos determinantes, a razão exarada para fundamentar a prática de determinado ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. O administrador está vinculado ao motivo exarado na sua decisão, mesmo quando não está obrigado a fazê-lo.*

5. *Incidência do princípio da confiança no tocante à Administração Pública, o qual se reporta à necessidade de manutenção de atos administrativos, ainda que se qualifiquem como antijurídicos (o que não é o caso em exame), desde que verificada a expectativa legítima, por parte do administrado, de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta administrativa. Princípio que corporifica, na essência, a boa-fé e a segurança jurídica.*

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.

(REsp 1.229.501/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 6.12.2016, DJe 15.12.2016) (grifos acrescidos)

O art. 80, §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.394/1996 assim dispõe:

Art. 80. O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada. (Regulamento)

§ 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União.

§ 2º A União regulamentará os requisitos para a realização de exames e registro de diploma relativos a cursos de educação a distância.

Ocorre que, nada obstante à citada disposição legal, tem-se o art. 87, § 3º, III, do mesmo Diploma Legal, a conferir verdadeira regra excepcional, exatamente no que diz respeito à questão debatida na situação em exame (realização de programas de capacitação para professores em exercício).

Com efeito, no que se refere à interpretação dada aos dispositivos dos arts. 80, §§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996, pela Corte de origem, verifica-se que se encontra de veras acertada, consoante os seguintes excertos:

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/1996) estabeleceu, em seu artigo 62, *in verbis*:

Art. 62. A formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nas quatro primeiras séries do ensino fundamental, a oferecida em nível médio, na modalidade Normal.

Como regra de transição, dispôs, no § 3º do inciso III do artigo 87, que os entes federativos deveriam realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive utilizando os recursos da educação à distância:

Art. 87. É instituída a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta Lei.

[...].

§ 3.º O Distrito Federal, cada Estado e Município, e, supletivamente, a União, devem:

[...];

III - realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação à distância; (grifei)

Para o cumprimento dessa meta, o Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná instituiu o Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil (Processo n. 1461/02 - Deliberação n. 04/2002, aprovada em 04.09.2002), a ser executado até 31.12.2007, com o objetivo de 'propiciar, a todos os profissionais em exercício de atividades docentes, formação em nível superior, em caráter especial' (art. 1º, § 1º - grifei). Prescreveu como requisito para participação nesse Programa Especial, além do exercício de atividades docentes, a condição de portador de 'certificado de conclusão de curso de nível médio ou de diploma na modalidade normal, ou equivalente' (art. 2º - grifei).

[...]

E ainda que se entendesse aplicável, na espécie, o art. 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996) - que dispõe sobre o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidade de ensino, e de educação continuada, atribuindo à União a competência para o credenciamento de instituições de ensino ('§ 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União') -, não há como afastar a regra contida no art. 87, do mesmo diploma legal, que determinou - expressamente e em caráter transitório - ao Distrito Federal, aos Estados, aos Municípios e apenas supletivamente à União, a realização de programas de capacitação para todos os professores em exercício, inclusive com os recursos da educação à distância.

Além de não restringir o universo dos destinatários da norma de transição (p.ex., 'professores com vínculo empregatício devidamente comprovado'), o art. 87 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação não referiu à necessidade de autorização federal para as modalidades não presenciais. E era razoável que assim não o fizesse à época, haja vista a urgência na qualificação de um número significativo de profissionais em todo o território nacional, até o final da 'Década da Educação'.

É de se realçar que a Lei n. 10.172/2001, ao traçar o Plano Nacional de Educação, estabeleceu, no capítulo sobre Educação Básica, metas a serem atingidas, das quais destaco:

'5. Estabelecer um Programa Nacional de Formação dos Profissionais de educação infantil, com a colaboração da União, Estados e Municípios, inclusive das universidades e institutos superiores de educação e organizações não-governamentais, que realize as seguintes metas:

a) que, em cinco anos, todos os dirigentes de instituições de educação infantil possuam formação apropriada em nível médio (modalidade Normal) e, em dez anos, formação de nível superior; b) que, em cinco anos, todos os professores tenham habilitação específica de nível médio e, em dez anos, 70% tenham formação específica de nível superior'; '6. A partir da vigência deste plano, somente admitir novos profissionais na educação infantil que possuam a titulação mínima em nível médio, modalidade normal, dando-se preferência à admissão de profissionais graduados em curso específico de nível superior'; '7. No prazo máximo de três anos a contar do início deste plano, colocar em execução programa de formação em serviço, em cada município ou por grupos de Município, preferencialmente em articulação com instituições de ensino superior, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, para a atualização permanente e o aprofundamento dos conhecimentos dos profissionais que atuam na educação infantil, bem como para a formação do pessoal auxiliar' e '24. Ampliar a oferta de cursos de formação de professores de educação infantil de nível superior, com conteúdos específicos, prioritariamente nas regiões onde o déficit de qualificação é maior, de modo a atingir a meta estabelecida pela LDB para a década da educação.' E no item 10.3 referente a objetivos e metas: '10. Onde ainda não existam condições para formação em nível superior de todos os profissionais necessários para o atendimento das necessidades do ensino, estabelecer cursos de nível médio, em instituições específicas, que observem os princípios definidos na diretriz n. 1 e preparem pessoal qualificado para a educação infantil, para a educação de jovens e adultos e para as séries iniciais do ensino fundamental, prevendo a continuidade dos estudos desses profissionais em nível superior'; '12. Ampliar, a partir da colaboração da União, dos Estados e dos Municípios, os programas de formação em serviço que assegurem a todos os professores a possibilidade de adquirir a qualificação mínima exigida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, observando as diretrizes e os parâmetros curriculares' e '13.

Desenvolver programas de educação a distância que possam ser utilizados também em cursos semi-presenciais modulares, de forma a tornar possível o cumprimento da meta anterior' (grifei).

E conclui o aresto impugnado:

Nesse contexto, é perfeitamente defensável a tese de que o art. 87 da Lei n. 9.394/1996 atribuiu competência ao Estado do Paraná (e a União, apenas supletivamente) - ainda que em caráter transitório e com fim específico - para credenciar instituições de ensino para realização de programas de capacitação de docentes (e não um curso de formação regular e permanente), inclusive na modalidade semipresencial, em consonância com as metas estabelecidas pela Lei n. 10.172/2001. Dada a especificidade de seu texto, a norma excepcionou o teor do art. 80, *caput* e § 1º, do mesmo diploma legal, o qual prescrevia, como regra geral (e genérica), que 'O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada' e 'A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União'.

Sob essa perspectiva, não procede o argumento da União de que, mesmo em relação às situações fáticas alcançadas pela norma de transição, não foi afastada a incidência da norma contida no artigo 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996), porque, repita-se, o legislador assim não dispôs. A centralização do credenciamento de instituições de ensino no órgão federal poderia comprometer o atingimento das metas da 'Década da Educação', provocando entraves burocráticos e dificultando a implementação dos cursos de capacitação profissional (que se faziam necessários) em curto espaço de tempo e em toda extensão do território nacional.

Sobre a interpretação dada aos arts. 2º da Lei n. 9.131/1995 e 11 do Decreto n. 2.494/1998, pela e. Corte de origem, igualmente acertada, consoante os seguintes excertos:

Idêntica conduta temerária adotou o Conselho Nacional de Educação, que, em um curto espaço de tempo (de 1º.02.2006 a 11.04.2007) e já próximo do exaurimento da eficácia da norma transitória do art. 87 da LDB, emitiu três Pareceres distintos, ora admitindo a regularidade ora reconhecendo a irregularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Faculdade VIZIVALI (Pareceres CNE/CES n. 14/2006, 290/2006 e 193/2007), com repercussão extremamente negativa para uma gama imensa de alunos e instituições envolvidas. Conquanto a União alegue que se tratava de ato administrativo complexo, tendo sido aprovado somente o último Parecer pela autoridade ministerial competente (art. 2º da Lei n. 9.131/1995), fato é que, afora

questionáveis as conclusões ali lançadas, todas as manifestações anteriores do CNE tornaram-se públicas e influenciaram o posicionamento adotado pelas Universidades, que se recusaram a proceder ao registro dos diplomas/certificados, e pelo próprio Estado do Paraná.

Nem há como cogitar de negligência por parte dos alunos - que não teriam averiguado, previamente, a validade e o reconhecimento oficial do Programa Especial de Capacitação Profissional sub *judice* -, porque, além de ter sido ofertado por instituição de ensino pública regularmente constituída (o que realça a boa fé do(a) autor(a)), os próprios entes públicos (União e Estado do Paraná) controvertem acerca de sua (ir)regularidade, adotando posições vacilantes em relação à correta interpretação da legislação de regência.

Demais disso, quanto ao alcance do art. 11 do Decreto n. 2.494/1998, é imperioso ressaltar que, além da invocação quanto ao art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996, o fundamento suficiente para infirmar os argumentos trazidos pela União dizem respeito aos motivos determinantes do ato praticado, à segurança jurídica, à boa-fé e ao princípio da confiança.

Aliás, a corroborar a citação acima feita em relação à jurisprudência deste STJ sobre o princípio da confiança, o aresto combatido é específico:

A segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, constitui valor singular no sistema jurídico e cumpre função primordial na realização da própria ideia de justiça material. O ordenamento jurídico, tal qual a vida, equilibra-se entre os pólos da segurança (na abstrata imutabilidade das situações constituídas) e da inovação (para fazer frente ao *panta rei*). Assim, na relação (fundamental) entre tempo e direito, a expressão 'princípio da segurança jurídica' marca, como signo pleno de significados que é, o espaço de retenção, de imobilidade, de continuidade, de permanência - valoriza, por exemplo, o fato de o cidadão não ser apanhado de surpresa por modificação ilegítima na linha de conduta da Administração, ou por lei posterior, ou modificação na aparência das formas jurídicas.

Não subsiste, portanto, a alegação de afronta aos dispositivos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, eis que o aresto questionado bem delimitou a responsabilidade pelo ato ilícito praticado e ainda diante da fundamentação externada acima.

Por fim, no que se refere à suscitada violação do dispositivo do art. 14 do CDC, não há qualquer necessidade de manifestação, nesse particular, porquanto o decreto condenatório, no que se reporta ao ente de direito público, não se fundou na referida norma legal.

Da atuação do Conselho Estadual de Educação do Paraná e da responsabilidade da respectiva unidade federativa, solidariamente com a União, pelos danos causados aos alunos que não detinham vínculo formal como professores da rede pública ou particular de ensino

Nesse ponto, além de todos os argumentos deduzidos no tópico anterior, há de considerar que o Estado do Paraná, nada obstante tenha admitido a presença nos cursos de formação de professores de alunos que não possuíam vínculo efetivo, posteriormente, intenta rechaçar tal prática.

O aresto recorrido, mais uma vez, mostra-se correto na aplicação do direito ao caso:

A Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu - VIZIVALI, em regime de parceria com a Inteligência Educacional e Sistemas de Ensino Brasil S/A. - IESDE Brasil S/A. e a União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação - UNDIME, foi autorizada pelo órgão estadual a implementar o Programa Especial de Capacitação Docente, em nível superior, na modalidade semipresencial, pelo prazo de 2 (dois) anos, a contar de 05.12.2002 (Parecer n. 1.182/2002, do Conselho Estadual de Educação do Paraná, e Portaria n. 93, de 05.12.2002), prorrogado por mais 2 (dois) anos em 2004 (Parecer n. 634/2004), sem qualquer ressalva quanto ao trabalho desenvolvido até então.

Na execução do referido Programa Especial, a Faculdade VIZIVALI admitiu em seu quadro de alunos todos aqueles que, possuindo diploma/certificado de nível médio, exerciam, à época, 'atividades docentes', independentemente da existência de vínculo empregatício formal com a instituição de ensino (ou seja, além de professores efetivos, voluntários e estagiários).

Após a conclusão dos cursos vinculados ao Programa Especial, foram expedidos os respectivos diplomas e encaminhados à Universidade Federal do Paraná, para fins de registro, consoante o disposto no art. 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

E prossegue:

Também é importante salientar que, na Deliberação n. 04/2002, do Conselho Estadual de Educação do Paraná, aprovada em 04.09.2002, constou que a finalidade dos programas especiais de capacitação era 'propiciar, a todos os profissionais em exercício de atividades docentes, formação em nível superior, em caráter especial' (grifei). No referido documento, foram realçadas a sua natureza especial/excepcional (com execução prevista somente até dezembro de 2007) e respectiva abrangência - todos os profissionais em exercício da docência, ou seja, todos os que, profissionalmente, atuavam no magistério em estabelecimento

de educação básica ou em instituição de educação infantil no Estado do Paraná, desde que portadores de certificado de conclusão de curso de nível médio ou de diploma na modalidade normal, ou equivalente (art. 3º, incisos I, II e III).

A par disso, o Conselho Estadual de Educação do Paraná prorrogou o prazo de credenciamento da Faculdade VIZIVALI em 2004, sem restrições à continuidade do Programa Especial. As 'irregularidades' denunciadas - e não confirmadas em vistoria in loco, exceto alguns poucos casos que seriam reavaliados por motivos meramente formais/documentais - não foram consideradas óbice à renovação da autorização anteriormente concedida.

[...]

Essa circunstância, aliada ao teor do Parecer acima destacado, corrobora a convicção de que o Parecer n. 193/2007, emitido pelo órgão estadual, consubstanciou a adoção de uma interpretação restritiva da Lei, com alteração do posicionamento original, o que, evidentemente, não poderia produzir efeitos retroativos.

Assim, além da incidência, na espécie, de toda a fundamentação acima deduzida quanto à aplicação dos princípios da boa-fé e da confiança, há de consignar que a própria restrição feita, posteriormente, pelo órgão do Estado do Paraná, revela-se descabida.

É que o inciso III do § 3º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996, ao dispor acerca da realização dos programas de capacitação, refere-se da seguinte forma:

§ 3º O Distrito Federal, cada Estado e Município, e, supletivamente, a União, devem:

[...];

III - realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação à distância.

Ou seja, a regra legal apenas explicita a expressão "professores em exercício", não exigindo que se trate de educadores com vínculo formal com instituição pública ou privada. Nesse sentido, correta a interpretação dada ao dispositivo legal pelo aresto embargado:

A expressão legal 'professores em exercício' não comporta a restrição que a União e o Estado do Paraná pretendem estabelecer (existência de vínculo empregatício formal entre o professor e a escola), nem foi comprovada a falsidade do documento que atesta o exercício da docência pelo(a) autor(a). Além disso, não é crível supor que, em toda a extensão do território estadual, inclusive nas localidades mais distantes (zona rural), todas as escolas - incluídas as de menor

porte - mantêm em seus quadros somente profissionais contratados formalmente, com os pesados encargos legais daí decorrentes. Se, de fato, havia docentes contratados precariamente, eles também devem ser considerados 'professores em exercício', para os fins da Lei.

Dessa forma, no caso específico dos professores que não detinham vínculo formal com instituição pública ou privada, a responsabilidade pelo ato ilícito decorre de condutas praticadas, tanto pela União (conforme fundamentação acima exposta), quanto pelo Estado do Paraná, em decorrência da edição (posterior, violadora do princípio da boa-fé e da confiança) do Parecer n. 193/2007, pelo Conselho Estadual de Educação.

Da responsabilidade exclusiva da instituição de ensino no que se refere aos denominados alunos estagiários

Nesse último caso, inexistiu qualquer ato regulamentar expedido, seja pelo Conselho Nacional de Educação (ou outro órgão da União), seja pelo Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná, autorizando que o curso funcionasse e permitisse a matrícula de “alunos denominados estagiários”.

Dessa forma, nessa situação, descabe falar em conduta ilícita dos entes estatais, sendo certo que houve atuação de ambos, vedando que tal prática assim ocorresse. Em havendo algum discente que se sinta prejudicado, terá que promover a demanda, exclusivamente, em face da instituição de ensino que, eventualmente, tenha permitido a matrícula, ao arripio de qualquer autorização emitida pelos órgãos públicos, mesmo que de forma minimamente precária.

Tese jurídica firmada (inciso III do art. 104-A do RISTJ)

Para efeito de cumprimento do requisito legal e regimental, firmam-se as seguintes teses:

a) Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes, executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu, a sua desconstituição e/ou revogação posterior, pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação, pelo Ministério da Educação, autorizam a tese de que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo

formal como professores perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados;

b) Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, o qual já havia possibilitado o ingresso anterior dos alunos sem vínculo formal como professor de instituição pública ou privada (Portaria n. 93/2002 do Conselho Estadual de Educação do Paraná), a sua desconstituição e/ou revogação posterior, pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação, pelo Ministério da Educação ou, ainda, pelo Parecer n. 193/2007 do Conselho Estadual de Educação do Paraná, autorizam a tese de que a União e o Estado do Paraná são responsáveis, civil e administrativamente, e de forma solidária, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados;

c) Inexistindo ato regulamentar, seja do Conselho Nacional de Educação, seja do Conselho Estadual de Educação do Paraná, sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu relativamente a alunos estagiários, descabe falar em condenação dos aludidos entes, devendo a parte que entender prejudicada postular a indenização em face, tão somente, da instituição de ensino.

Solução dada ao caso concreto (inciso IV do art. 104-A do RISTJ)

No caso, o aresto questionado identificou que a parte autora “comprovou a condição de voluntário junto a uma instituição de ensino (Ev. 16, decl. 3), bem como a conclusão de curso de nível médio ou na modalidade normal ou equivalente (Ev.1, Proc 2)” (e-STJ, fl. 1.261).

Assim sendo, considerando que o óbice ao seu direito decorre, tanto da atuação ilegítima da União, quanto do Estado do Paraná, conforme fundamentação acima deduzida, o aresto, corretamente, atribuiu-lhes a responsabilidade solidária pelos danos causados.

Ante o exposto, conheço, em parte, do recurso especial interposto pelo Estado do Paraná, e conheço integralmente do recurso especial interposto pela União, mas para lhes negar provimento.

Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de recurso especial processado sob o rito do art. 543-C do revogado CPC/1973, em que a tese controvertida foi delimitada nos seguintes termos: (I) *possibilidade de expedição de diploma de conclusão de curso de ensino superior ministrado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu - VIZIVALI na modalidade semipresencial*; e (II) *condenação das entidades envolvidas (União, Estado do Paraná e VIZIVALI) pelos danos supostamente causados em razão da demora e negativa na entrega de referido documento*.

O ilustre relator, Ministro Og Fernandes, em judicioso voto, destacou que, dentre os professores que concluíram o curso na faculdade VIZIVALI, existem *três situações distintas* a serem que exigem o exame pelo rito dos repetitivos. *A primeira hipótese* é a dos docentes que mantinham vínculo formal com instituição pública ou privada de ensino. *A segunda*, por sua vez, envolve o caso dos professores que não tinham vínculo formal com instituição pública ou privada, enquadrando-se como voluntários ou detentores de vínculos precários de trabalho. *Já a terceira*, diz com a dos denominados “estagiários”.

Após essa diferenciação, Sua Excelência propõe a fixação das seguintes teses:

a) Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes, executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu, a sua desconstituição e/ou revogação posterior, pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação, pelo Ministério da Educação, autorizam a tese de que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela conseqüente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores perante a instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

b) Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu e direcionado ao Conselho

Estadual de Educação do Paraná, o qual já havia possibilitado o ingresso anterior dos alunos sem vínculo formal como professor de instituição pública ou privada (Portaria n. 93/2002 do Conselho Estadual de Educação do Paraná), a sua desconstituição e/ou revogação posterior, pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação, pelo Ministério da Educação ou, ainda, pelo Parecer n. 193/2007 do Conselho Estadual de Educação do Paraná, autorizam a tese de que a União e o Estado do Paraná são responsáveis, civil e administrativamente, e de forma solidária, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

c) Inexistindo ato regulamentar, seja do Conselho Nacional de Educação, seja do Conselho Estadual de Educação do Paraná, sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu relativamente a alunos estagiários, descabe falar em condenação dos aludidos entes, devendo a parte que entender prejudicada postular a indenização em face, tão somente, da instituição de ensino.

Após o voto do relator, pedi vista antecipada dos autos para examinar mais de perto a questão.

É o sucinto relatório.

A questão é conhecida neste Sodalício.

Discute-se acerca do dever da União em registrar os diplomas dos alunos que concluíram o Programa de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil ofertado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu - VIZIVALI, bem como sobre o alcance da responsabilização civil da União, do Estado do Paraná e da Vizivali perante o universo de alunos que, alegadamente, sofreram danos pelo não recebimento de seus diplomas a tempo e modo.

O ilustre Relator, ao afirmar presente o nexo de causalidade e a consequente responsabilidade da União pelo ato praticado pelo Conselho Estadual de Educação do Estado do Paraná, que credenciou e autorizou a Vizivali a implementar o Programa Especial de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais do Ensino Fundamental e da Educação Infantil na modalidade semipresencial, trouxe a lume questões que ainda não haviam sido enfrentadas por este Colegiado.

Nesse sentido, destacou a existência de manifestação formal do Conselho Nacional de Educação (Parecer CNE/CES de n. 290/2006, revisando o Parecer CNE/CES de n. 14/2006), o qual assegurou expressamente ser do

Conselho Estadual de Educação do Paraná a competência para credenciamento, autorização e reconhecimento de instituições, cursos e programas do seu Sistema de Ensino, asseverando, ainda, ser desnecessário o reconhecimento do curso pelo MEC, pois não se tratava de programa ofertado na modalidade de educação a distância.

Nesse específico ponto, a União afirma que o documento teve caráter somente opinativo, uma vez que o parecer foi posteriormente retificado, passando a ser identificado como parecer CNE/CES 139/2007, em que expressou a posição oficial do órgão, chancelada pelo Ministro da Educação, no sentido de que “não é dos Conselhos Estaduais de Educação a prerrogativa de credenciar IES para o ensino a distância (ou semi-presencial) em nível superior, não detendo, esta instância estatal, autonomia para o ato” (fl. 1.196).

Em que pesem aos argumentos apresentados, tenho por correto o entendimento manifestado no alentado voto condutor, no sentido de que o Estado do Paraná, ao receber parecer emanado do Conselho Nacional de Educação, *sem a ressalva de que o documento somente se tornaria terminativo com a posterior chancela do Ministro da Educação*, atuou dentro dos princípios da segurança jurídica, boa-fé objetiva e confiança, uma vez que foi levado a acreditar na existência de ato oficial que lhe assegurava a competência para o credenciamento, autorização e reconhecimento do mencionado programa semipresencial.

Ademais disso, como bem ressaltado pelo ilustre Ministro Og Fernandes, era dever do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e apenas supletivamente da União, “realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação à distância”, conforme redação do inciso III, do § 3º do art. 87 da Lei n. 9.394/1996, o que reforça a ideia de que o Estado, num primeiro momento, realmente agiu de boa-fé.

Aqui, aliás, o acórdão recorrido examinou com precisão o disposto nos arts. 80, §§ 1º e 2º, e 87, § 3º, III, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, legislação invocada pela União como violada, para, ao final, concluir (fls. 1.106/1.107):

Nesse contexto, é perfeitamente defensável a tese de que o art. 87 da Lei n. 9.394/1996 atribuiu competência ao Estado do Paraná (e a União, apenas supletivamente) - ainda que em caráter transitório e com fim específico - para credenciar instituições de ensino para realização de programas de capacitação de docentes (e não um curso de formação regular e permanente), inclusive na

modalidade semipresencial, em consonância com as metas estabelecidas pela Lei n. 10.172/2001. Dada a especificidade de seu texto, a norma excepcionou o teor do art. 80, *caput* e § 1º, do mesmo diploma legal, o qual prescrevia, como regra geral (e genérica), que ‘O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada’ e ‘A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União’.

Sob essa perspectiva, não procede o argumento da União de que, mesmo em relação às situações fáticas alcançadas pela norma de transição, não foi afastada a incidência da norma contida no artigo 80 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/1996), porque, repita-se, o legislador assim não dispôs. A centralização do credenciamento de instituições de ensino no órgão federal poderia comprometer o atingimento das metas da ‘Década da Educação’, provocando entraves burocráticos e dificultando a implementação dos cursos de capacitação profissional (que se faziam necessários) em curto espaço de tempo e em toda extensão do território nacional.

Desta forma, diante do encaminhamento de parecer emanado do Conselho Nacional de Educação, embora sem caráter terminativo, mas assegurando a competência do Estado para o credenciamento, autorização e reconhecimento do mencionado Programa e do disposto no inciso III, do § 3º do art. 87 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, é de ser reconhecida *a responsabilidade exclusiva da União pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores junto a instituições públicas ou privadas, diante dos danos que sofreram.*

Necessário, por igual, definir a responsabilidade do Estado do Paraná quanto àqueles alunos que foram impossibilitados de obter seus diplomas em virtude de posterior alteração do entendimento oficial, quando passou a prevalecer a compreensão de que o programa não mais poderia ser estendido aos *professores que lecionavam apenas como voluntários* (vínculo precário).

Na linha do que foi exposto pelo relator, a norma utilizava a expressão “todos os professores em exercício” (art. 87, § 3º, III, da Lei n. 9.394/1996), por isso que *o Estado do Paraná, no que concorreu para excluir os docentes voluntários da possibilidade de receberem seus diplomas, deve assumir, juntamente com a União, a responsabilidade civil pelos danos a estes causados, afóra a obrigação de lhes fornecer o respectivo diploma.*

Por fim, sobre os denominados “*alunos estagiários*”, percebe-se que inexistiu ato regulamentar oficial que autorizasse tal grupo a participar do programa,

daí que, em face da inexistência de conduta ilícita dos entes estatais (União e Estado), eventual dano sofrido por aluno estagiário, nesse específico contexto, deverá ser suportado, com exclusividade, pela Vizivali, que, *sponte propria*, admitiu o ingresso dessa categoria de cursistas.

Assim, correta a tese proposta no voto condutor no sentido de que, diante da inexistência de ato regulamentar sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Vizivali, *quanto aos alunos estagiários, descabe falar em condenação dos entes públicos, devendo o aluno prejudicado postular indenização exclusivamente em face da instituição de ensino, ou seja, da Vizivali.*

Ante o exposto, acompanho, na íntegra, o ilustre relator nas teses propostas por Sua Excelência para serem firmadas na resolução de recurso sob o rito do art. 543-C do revogado CPC/1973. Quanto ao caso concreto, também em linha com o nobre relator, nego provimento aos especiais apelos apresentados pela União e pelo Estado do Paraná, em ordem a manter o acórdão recorrido, no que reconheceu a responsabilidade solidária dos mencionados entes estatais em registrar o diploma e indenizar os danos morais sofridos pela autora, a qual se enquadra na categoria de docente voluntária, sem vínculo formal com a instituição de ensino em que lecionava.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.528.448-MG (2015/0090137-4)

Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região)

Relatora para o acórdão: Ministra Assusete Magalhães

Recorrente: Gersino Duraes Filho

Recorrente: Roberto Coelho de Matos

Advogados: Hermeraldo Andrade e outro(s) - MG065777

Diogo José da Silva - MG101277

Vanessa Marques da Cunha - DF033429

Recorrido: União

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial interposto por ambas as alíneas do permissivo constitucional. Concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal. Edital 01/2009 - DPRF. Anulação de questões objetivas 22 e 23 da prova de raciocínio lógico. Alegação de ausência de prestação jurisdicional. Inexistência. Possibilidade de revisão, pelo Judiciário, das questões objetivas 22 e 23 do referido concurso. Questão 23. Impossibilidade de anulação. Incidência da Súmula 7/STJ. Questão 22. Pretensão de acolhimento de laudo técnico unilateral do perito dos candidatos, que diverge da conclusão da banca examinadora. Substituição da conclusão da banca examinadora por laudo técnico particular. Impossibilidade. Repercussão geral. RE 632.853/CE. Precedentes do STJ. Recurso especial improvido.

I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/1973.

II. Na origem, trata-se de demanda ordinária, proposta pelos candidatos, ora recorrentes, objetivando a anulação de questões objetivas de concurso – questões 22 e 23 da prova de raciocínio lógico do concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital 1/2009 –, ao argumento de que, em relação à questão 22, não apresentaria ela opção correta de resposta, e, quanto à questão 23, não forneceria todas as informações necessárias à sua solução, além de que extravasaria o conteúdo programático do edital do certame. Para tanto, nas razões do presente Recurso Especial, defende-se, entre outras, a tese de que é possível, ao Poder Judiciário, quando abalizado por laudo técnico pericial, apreciar o acerto ou não da alternativa atribuída como correta, pela banca examinadora.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/1973, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão que julgou os Embargos Declaratórios apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Em relação à pretensão de anulação da questão 23 do referido concurso, diante da compreensão firmada pelas instâncias ordinárias, à luz do acervo fático da causa – no sentido de que a referida questão, ao contrário do que afirma a parte recorrente, está correta, inserta nos conhecimentos atinentes a raciocínio lógico e noções de estatística, conforme previsto no edital do certame –, concluir de forma contrária é pretensão inviável, nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ. Nesse sentido, dentre inúmeros, o seguinte precedente: STJ, AgRg no Ag 1.424.286/DF, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Turma*, DJe de 03.02.2017.

V. Em relação à questão 22, como esclarecem as instâncias ordinárias, no presente caso a inicial fundamenta-se em parecer técnico unilateral, contratado pelos autores – que concluiu que não há resposta correta para a questão 22 –, contrariamente à posição técnica adotada pela banca examinadora do certame, que aponta, como correta, a alternativa B da aludida questão 22.

VI. Não se desconhece que inúmeras ações judiciais foram ajuizadas pelos candidatos do referido concurso, objetivando a anulação da questão 22 do aludido certame, em razão de existirem pareceres de especialistas da área específica – tanto perito judicial, quanto auxiliar técnico da parte –, que, contrariamente ao que afirma a banca examinadora do presente concurso, ora sustentam inexistir resposta correta, dentre as alternativas apresentadas no quesito, ora asseveram existir mais de uma alternativa correta, quanto à referida questão 22 do certame em apreço.

VII. Todavia, em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame, que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal, sendo-lhe vedado substituir-se à banca examinadora para apreciar os critérios utilizados para a elaboração e correção das provas, sob pena de indevida interferência no mérito do ato administrativo. Ou seja, “o Poder Judiciário não pode atuar em substituição à banca examinadora, apreciando critérios na formulação de questões, reexaminado a correção de provas ou

reavaliando notas atribuídas aos candidatos” (STJ, RMS 28.204/MG, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, DJe de 18.02.2009). No mesmo sentido, dentre inúmeros precedentes: STJ, AgInt no RE nos EDcl no RMS 50.081/RS, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Corte Especial*, DJe de 21.02.2017, AgInt no RMS 49.513/BA, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Segunda Turma*, DJe de 20.10.2016, AgRg no RMS 37.683/MS, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, *Primeira Turma*, DJe de 29.10.2015.

VIII. A espancar dúvidas sobre o assunto, em 23.04.2015, no julgamento do RE 632.853/CE, o Plenário do STF, apreciando o Tema 485 da Repercussão Geral, nos termos do voto do Relator, Ministro *Gilmar Mendes*, firmou as premissas de que o Poder Judiciário não pode interferir nos critérios de correção de prova, ressalvada a excepcional hipótese de “juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame”. Concluiu o Relator, no STF, no sentido de que “não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas” (STF, RE 632.853/CE, Rel. Ministro *Gilmar Mendes*, *Pleno*, DJe de 26.06.2015, sob o regime da repercussão geral).

IX. No caso, para o deslinde da presente controvérsia seria necessário levar em conta parecer técnico, elaborado de forma unilateral, pelo perito da parte, ou, em outras hipóteses trazidas à colação, considerar perícia judicial, em sentido contrário ao que restou decidido, pela Corte Maior, em regime de repercussão geral. A corroborar tal posição, o próprio STF, em relação à mesma questão 22 do certame ora em análise, já aplicou a compreensão firmada por aquela Corte, no RE 632.853/CE, em regime de repercussão geral, ainda que monocraticamente, no julgamento do RE 975.980/PE, Relator Ministro *Roberto Barroso*, DJe de 22.06.2016 (decisão transitada em julgado em 28.09.2016), e do AgRg no RE 904.737/RS, Relator Ministro *Roberto Barroso*, DJe de 21.09.2016 (decisão transitada em julgado em 26.11.2016).

X. Diante desse contexto, não merece prosperar a pretensão de anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva do concurso para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital n.

1/2009 - DPRF, porquanto, na hipótese, além de a pretensão conflitar com o entendimento do STF, firmado em regime de repercussão geral, os comandos das referidas questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis, verificáveis à primeira vista, a ensejar sua anulação. Com efeito, não há qualquer ilegalidade flagrante, tanto que, no presente caso – como em outros precedentes, trazidos à colação –, a pretensão da inicial ampara-se em parecer técnico especializado, colhido unilateralmente pelos autores, pelo que concluiu o acórdão recorrido que “as impugnações no aspecto técnico variam conforme os respectivos especialistas no tema (...) razão porque, nos termos da sentença, prestigia o entendimento da banca examinadora” e que “os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista, a ensejar sua anulação”.

XI. Recurso Especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencida a Sra. Ministra Relatora e os Srs. Ministros Humberto Martins, Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves, conhecer parcialmente do Recurso Especial pela alínea c do permissivo constitucional, mas, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães, que lavrará o acórdão.

Votaram com a Sra. Ministra Assusete Magalhães os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Mauro Campbell Marques (voto desempate). Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2017 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

DJe 14.2.2018

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Concurso público. Violação aos artigos 126, 165, 458, II, e 535 do

CPC/1973. Inocorrência. Questão objetiva. Duplicidade de respostas aferidas por perícia. Divergência jurisprudencial demonstrada. Revisão pelo Poder Judiciário. Possibilidade. Excepcionalidade. Precedentes em casos análogos. Anulação de questão por veicular conteúdo não abarcado no edital. Revisão. Impossibilidade. Sumula 7/STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido. Acompanhando a relatora, Ministra Diva Malerbi.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de recurso especial interposto por *Gersino Durães Filho* e *Roberto Coelho de Matos*, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado (fl. 191, e-STJ).

Administrativo e Processual Civil. Agravo retido não conhecido. Concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal. Impossibilidade de anulação de questões objetivas da prova porque os comandos dos quesitos não apresentam vícios configuradores de anulação.

I – Para que o agravo retido seja conhecido faz-se necessário o conhecimento da apelação e a reiteração do Recorrente nas razões ou contrarrazões do recurso, manifestando seu interesse de vê-lo examinado pelo Tribunal, consoante regra do art. 523 do Código de Processo Civil. Assim, não deve ser conhecido o agravo retido quando não há reiteração do pedido de seu exame.

II – Em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal.

III – A anulação judicial de questão objetiva de concurso público só é possível em caráter excepcional, “quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e inofismável, ou seja, quando se apresente *primo ictu oculi*.” (STJ - RMS 28.204/MG).

IV – Não merece prosperar a pretensão de anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva do concurso para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital n. 1/2009-DPRF na hipótese em que os quesitos demandam conhecimentos regulares do conteúdo explicitado no edital e que os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e inofismáveis verificados à primeira vista a ensejar sua anulação. Precedentes do STJ.

V – Precedente em sentido contrário, do colendo TRF-5ª Região, que se abandona, por sujeito ao crivo da Corte Superior, consoante REsp 1.340.359/CE, em tramitação perante o egrégio STJ.

VI – Agravo retido da União não conhecido e recurso de apelação dos Autores a que se nega provimento.

Os embargos de declaração foram rejeitados, conforme ementa de fl. 207, e-STJ.

No apelo especial, a parte recorrente alega, além da divergência jurisprudencial, violação dos arts. 126, 165, 333, 458 e 535 todos do CPC/1973, sustentando, em síntese, a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional e, via de consequência, violação ao art. 535 do CPC, isso porque deixou de sanar: a) omissão apresentado motivos, de natureza técnica ou jurídica, que fizeram a turma julgadora privilegiar o entendimento externado pela banca examinadora; b) ao não se pronunciar sobre o fato da questão no 23 não fornecer as informações necessárias à sua solução, estando, inclusive, fora do conteúdo programático do edital; c) contradição quando se asseverou que não foram juntados aos autos a cópia, do conteúdo programático do certame, apesar de constar, à fl. 18 os elementos necessários à elucidação da matéria que lhe fora submetida a apreciação, especificamente no que tange ao item 8.2.3 do edital; d) omissão a respeito do fato de ter sido, prescindida a fase instrutória, onde seria realizada perícia técnica ,para aferição das apontadas ilegalidades cometidas em relação às questões no 22 e no 23, ocasionando cerceamento de defesa.” (fl. 219, e-STJ)

Quanto ao juízo de reforma, aduzem que o Tribunal de origem vulnerou o disposto nos arts. 126, 165 e 458 do CPC quando, sem a devida fundamentação técnica ou jurídica, entendeu por privilegiar o entendimento da banca examinadora, preterindo, sobremaneira, a garantia constitucional dos Recorrentes em terem pronunciamento jurisdicional, devidamente motivado (art. 93, IX, CR/1988).

Aduzem, ainda, que o acórdão recorrido violou o disposto no art. 333 do CPC, eis que, em manifesto vício na valoração jurídica das provas colacionadas aos autos, concluiu pela regularidade das questões impugnadas, muito embora haver prova nos autos que, uma delas, o enunciado não fornecia elementos suficientes à solução, e outra, tinha como escopo matéria não prevista no edital, ferindo, visceralmente, o princípio de legalidade.

Apontam que o acórdão objurgado, ao não reconhecer a suposta ilegalidade cometida na questão n. 22 da prova objetiva para provimento de cargos do DPRF/MJ, divergiu do entendimento dos acórdão paradigmas proferidos por esta Corte Superior de Justiça e pelo E. TRF/5ª Região.

Por fim pugnam seja provido o recurso para declarar a nulidade do acórdão recorrido e determinar que, em novo julgamento, outro seja proferido, com o enfrentamento de todas as questões suscitadas nos aclaratórios ou, ainda, seja julgado procedente o pedido inicial.

Contrarrazões da União às fls. 286/291, e-STJ.

Juízo positivo de admissibilidade às fls. 301/303, e-STJ.

É, no essencial, o relatório, *passo ao voto-vista*.

Inicialmente, observa-se que não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

Não se verifica, também, a alegada vulneração dos artigos 126, 165 e 458, II, do Código de Processo Civil, porquanto a Corte local apreciou a lide, discutindo e dirimindo as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas. O teor do acórdão recorrido resulta de exercício lógico, ficando mantida a pertinência entre os fundamentos e a conclusão.

Quanto ao mérito, de início, ressalto que a jurisprudência predominante não é favorável a que o julgador se substitua à banca examinadora de concurso, para fins de proceder à correção de provas. Todavia, tal entendimento se refere a questões de ordem subjetiva, não podendo ser estendido a casos como o presente, no qual a impugnação do agravado diz respeito a questões objetivas que exigem resposta única e que estão sem resposta correta.

É certo que em havendo duplicidade de respostas, bem como questões controvertidas, que, em razão do caráter objetivo, não possibilita qualquer argumentação para justificar a questão escolhida, pode o Judiciário se pronunciar acerca da exatidão da resposta fornecida pela Banca Examinadora, na hipótese, de haver erro absurdo e grosseiro.

Com efeito, no que respeita à análise da *questão n. 22*, o recurso merece prosperar. Isto por que o acórdão recorrido não se coaduna com a jurisprudência desta egrégia Corte Superior no sentido da possibilidade, excepcionalmente, de que o Poder Judiciário examine questões de concurso público em caso de manifesta ilegalidade.

Além disso, verifica-se que no caso específico dos autos já houve manifestação da Corte local no sentido da anulação de referida questão em

razão da existência de afronta às regras editalícias ou ao princípio da legalidade, uma vez que houve duplicidade de respostas corretas para determinado item da prova, quando tal hipótese não estaria prevista no edital ou na lei.

Soma-se a isso o fato de que esta Corte, em idêntico sentido, entendendo pela ilegalidade da questão n. 22 do certame, decidiu (e/ou manteve o entendimento exarado pelo TRF da 5ª Região) que houve afronta ao princípio da legalidade, senão vejamos: AgRg no REsp 1.379.226/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 23.08.2013; AgRg no AREsp 455.408/RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 1º.07.2014; REsp 1.340.359/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 19.12.2012; AREsp 502.875/RN, Min. Sérgio Kukina, DJ 14.5.2014; REsp 1.480.711/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 22.10.2014.

Destarte, em conformidade com o entendimento desta Corte Superior de Justiça e à compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, é de se anular a questão n. 22, do caderno de prova objetiva aplicado no concurso público para provimento do cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital n. 1/2009-DPRF, de 12 de agosto de 2009, em face das razões acima traçadas, e assegurar aos autores, ora recorrentes, novo cálculo, e, conseqüentemente, nova pontuação, tendo-se em conta a pontuação referente à questão supracitadas.

Quanto à *questão n. 23*, da qual o recorrente alega que não foram fornecidas as informações necessárias, para sua solução, assim como veicular conteúdo não abarcado no edital, o recurso não merece prosperar (fl. 193, e-STJ).

A despeito do precedente do STF trazido pelo Juízo *a quo* que admite o controle jurisdicional em concurso público quando se trata 'apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame', no caso concreto, não é possível dizer se o indigitado quesito 23 estaria ou não abarcado pelo programa previsto no edital sem adentrar na discricionariedade da banca examinadora, a qual considerou que os dados fornecidos foram suficiente para que o candidato respondesse a questão e cujo conteúdo faz parte do conteúdo programático' (fl. 193, e-STJ).

Acerca do tema, assim consignou a Corte de origem (fl. 193, e-STJ):

(...)

11. Sobre essa questão, os Recorrentes argumentam que não foram fornecidas as informações necessárias, para sua solução e que ela estaria além, do conteúdo programático, previsto no edital. Todavia, verifico, que os Autores sequer

juntaram cópia do programa à inicial para amparar a tese defendida. No entanto, em consulta à rede mundial de computadores no endereço eletrônico: http://pub.funrioconcursos.org.br/publicações/PRF/Edital_01_PRF.pdf, observo que a questão insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009-DPRF, de 12.08.2009, *in verbis*:

Raciocínio Lógico'

Argumentação Lógica; 'Estruturas lógicas; lógica da argumentação e diagramas lógicos. *Álgebra- Básica*: Sucessões;- Máximo Divisor Comum e Mínimo Múltiplo Comum; Teoria dos Conjuntos; Análise Combinatória; Razão e Proporção; Divisão. Proporcional; Regra de Três: Simples e, Composta; Porcentagem e Sistema Métrica Decimal.

Noções de Estatística: Descrição e análise de dados; Leitura e Interpretação de tabelas e gráficos apresentados em diferentes linguagens e representações; Cálculo de Média e Análise de Desvios de um conjunto de dados; Frequência Relativa. *Noções de Geometria, Plana*: Análise e Interpretação de diferentes representações de figuras planas, como desenhos, mapas e plantas; Utilização de Escalas; Métrica: Áreas e Volumes.

Bibliografia utilizada

IEZZI, G., DOLCE, O.; MACHADO, A., Matemática e Realidade: Ensino Fundamental, 5ª Série, Editora Atual, 2005.

SÉRATES, J. Raciocínio Lógico, Volumes I e II. Editora Jonofon Sérates, 11 edição, 2004.

IEZZI, G., MURAKAMI, C., Fundamentos de Matemática Elementar. Conjuntos e Funções, Volume 1, 8ª Edição, Atual Editora, 2008.

HAZZAN, S., Fundamentos de Matemática Elementar. Combinatória e Probabilidade, Volume 5, 7ª Edição, Atual Editora, 2007.

DOLCE, O., POMPEO, J. N., Fundamentos de Matemática Elementar. Geometria Plana, Volume 9, 8ª Edição. Atual Editora, 2005.

ROCHA, E, Raciocínio Lógico: Teoria e Questões, Editora Campus, 2ª Edição, 2006.

RODRIGUES, L. R. F Matemática e Raciocínio. Lógico Matemático para Concursos, Editora Servanda, 1ª Edição, 2009.

MORGADO; A. C., CESAR, B., Raciocínio Lógico-Quantitativo: Teoria e Mais de 850 Questões. Editora CAMPUS. 4ª Edição, 2009.

12. Ademais, a banca examinadora do certame noticiou a resposta da questão à fi. 73, nestes termos:

Redução de acidentes na i -ésima estrada e j -ésimo mês é: $4ij$. Ou seja, a maior redução de acidentes ocorre sempre na estrada $i=5$, independente do mês. Assim, sendo, colocando o primeiro radar nesta estrada a redução média de acidentes é dada por $4*5*(1+2+3)=120$. Restam, portanto, 4 estradas e três meses para empregar o segundo radar. No mês "A" a redução média é de $4*(1+2+3+4)/4=10$, no mês "B" a redução média é de $8*(1+2+3+4)/4=20$ e, no mês "C", a redução média é de $12*(1+2+3+4)/4=30$. assim sendo, a redução média total com o uso do 2º radar é de 60, portanto, a redução total de acidentes é igual a 180.

Assim, é evidente que, para modificar o entendimento firmado pelo Tribunal *a quo*, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em recurso especial, conforme o Enunciado 7 da Súmula desta Corte: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

Por fim, necessário registrar, em que pese já tenha decidido monocraticamente pela anulabilidade da questão 23 do certame aqui tratado (AREsp 522.032/PE, DJe 3.11.2014), melhor analisando a questão e, principalmente, à luz dos argumentos extraídos do voto da Sra. Relatora, revejo meu posicionamento para reconhecer que, ao contrário do que restou consignado na decisão antes mencionada, não há dissídio jurisprudencial a sustentar a anulabilidade da questão n. 23, sendo certo que a legalidade ou ilegalidade desta, não foi examinada por esta Corte de Justiça, uma vez que as decisões que enfrentaram a matéria se limitaram a manter o entendimento das Cortes locais, fosse pela sua anulação fosse pela sua legalidade. (AREsp 557.295/CE, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 7.5.2015; AREsp 376.903/RN, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 3.2.2015; REsp 1.468.492/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 3.7.2015; REsp 1.480.711/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 22.10.2014).

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta extensão dou-lhe provimento, para declarar nula a questão n. 22 do certame em apreço, nos termos do voto da e. Relatora, Ministra Diva Malerbi (Des. Convocada TRF 3ª Região).

É como voto.

VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, pelo que percebi, a ilustre Relatora, Ministra *Diva Malerbi*, anula apenas a questão

22 porque há mais de uma alternativa admissível como correta. Nesse ponto, acompanho o voto da eminente Ministra Relatora.

2. Anulo, também, a questão 23, superando o óbice da Súmula 7/STJ, pois verifico que o questionamento posto neste item refoge ao programa do edital. Então, não é porque haja mais de uma alternativa correta ou qualquer outro motivo, mas porque foi formulado um quesito sobre matéria não constante de edital.

3. Existem, pelo menos, quatro decisões aqui da Corte que mantêm a anulação da questão 23. Quer dizer que uma decisão calcada na Súmula 7/STJ não integra a jurisprudência do Tribunal? Quando alguém não toma conhecimento do recurso, por qualquer óbice processual, significa que não detectou na decisão recorrida ou falha jurisprudencial ou falha legal ou qualquer outro motivo que pudesse acarretar o exame da decisão e eventual reforma? Essa é a minha preocupação.

4. Inclusive, essa questão 23 já foi anulada no Supremo Tribunal Federal, bem como, anteriormente, havia sido anulada nos Tribunais Regionais Federais da 5ª Região e da 4ª Região.

5. Tenho a impressão de que essa questão 23, Ministra *Regina Helana Costa*, está sob fogo cerrado. Há várias decisões anulando essa questão, como citei. Então, pergunto: será que só vale para acolhimento um acórdão do próprio Superior Tribunal de Justiça? Vamos supor, por exemplo, que haja uma decisão do TRF da 3ª Região - o maior do País, um Tribunal extraordinário -, o recurso da parte vencida sobe para esta Corte e não é conhecido pela Súmula 7/STJ. Mas aquela jurisprudência, que não foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, não passa a integrar o acervo do entendimento jurídico do País, nesse caso do TRF da 3ª Região? Ora, aquele Tribunal anulou a questão 23 e o STJ não toma conhecimento pela Súmula 7/STJ, ou por qualquer outra Súmula? Significa que aquela decisão que foi mantida pelo não conhecimento não tem a relevância de um precedente? Somente os nossos precedentes valem? As decisões dos demais Tribunais não têm valor como elemento do entendimento jurisprudencial do País? Será que só tem valor como entendimento jurisprudencial do País as nossas decisões, os nossos acórdãos? Só tem validade quando é do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça? Penso que não. A cultura jurídica, o entendimento jurídico, o ordenamento jurídico se compõem também de decisões de Tribunais de Justiça, de Tribunais Regionais, dos conselhos, do Carf - Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, do Conselho Monetário Nacional.

6. Senhor Presidente, acompanho o voto da eminente Relatora na anulação da questão 22 e, indo um pouco além, anulo também a questão 23. Divirjo parcialmente para conceder a segurança em maior extensão, tendo em vista que a matéria tratada na questão 23 não é constante do edital. É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, interposto por *Gersino Durães Filho e Outro*, em 04.12.2013, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado:

Administrativo e Processual Civil. Agravo retido não conhecido. *Concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal. Impossibilidade. De anulação de questões objetivas da prova porque os comandos dos quesitos não apresentam vícios configuradores de anulação.*

I - Para que o agravo retido seja conhecido faz-se necessário o conhecimento da apelação e a reiteração do Recorrente nas, razões ou, contrarrazões do recurso, manifestando seu interesse de vê-lo examinado pelo Tribunal, consoante, regra do art. 523 do Código de Processo Civil. Assim, não deve ser conhecido o agravo retido quando não há reiteração do pedido de seu exame.

II - *Em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal.*

III - *A anulação judicial de questão objetiva de concurso público só é possível em caráter excepcional, 'quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente primo ictu oculi.'* (STJ - RMS 28.204/MG).

IV - *Não merece prosperar a pretensão de anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva do concurso para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital n. 1/2009 - DPRF, na hipótese em que os quesitos demandam conhecimentos regulares do conteúdo - explicitado no edital e que os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista a ensejar sua anulação. Precedentes do STJ.*

V - Precedente em sentido contrário, do colendo TRF-5ª Região, que se abandona, por sujeito ao crivo da Corte Superior, consoante REsp 1.340.359/CE, em tramitação perante o egrégio STJ.

VI - Agravo retido da União não conhecido e recurso de apelação dos Autores a que-se nega provimento (fl. 197e).

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados, pelo Tribunal de origem, nos seguintes termos:

Embargos de declaração. Omissão e contradição inexistentes. Concurso público para provimento do cargo de agente de Polícia Rodoviário Federal. Anulação de questões da prova objetiva. Impossibilidade. Cerceamento do direito de defesa não configurado.

I – Os embargos de declaração destinam-se ao esclarecimento de eventual obscuridade, contradição ou omissão, bem como a correção de eventual erro material porventura existente no acórdão, sendo que a ‘atribuição de efeitos modificativos aos embargos declaratórios é possível apenas em situações excepcionais, em que sanada a omissão, contradição ou obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência lógica e necessária.’ (STJ - EDcl no AgRg na AR 3.223/SP).

II – *Caso em que não há omissão ou contradição no acórdão que negou provimento à apelação e manteve a sentença que julgou improcedente o pedido de anulação das questões 22 e 23 do caderno de prova objetiva aplicado no concurso público para provimento do cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.08.2009. Máxime quando esclarece que ‘a anulação judicial de questão objetiva de concurso público só é possível em caráter excepcional, ‘quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente primo ictu oculi.’ (STJ - RMS 28.204/MG).*

III – A alegação de que o acórdão não apreciou os argumentos expostos pelos embargantes em relação a questão n. 23 do caderno de prova não merece prevalecer. Isso porque, na resolução da controvérsia, o órgão julgante não está obrigado a apreciar todas as alegações opostas pelos litigantes e nem prender-se às proposições por eles sugeridas, devendo indicar os fundamentos que embasaram sua decisão a fim de cumprir o mandamento do art. 93, IX, da Constituição Federal.

IV – *Inexiste contradição quando o voto condutor do acórdão acertadamente registra que os recorrentes não juntaram aos autos a cópia do conteúdo programático previsto no edital a fim de sustentarem sua pretensão judicial. Com efeito, a contradição autorizadora dos aclaratórios é interna ao julgado, percebida em face de proposições inconciliáveis entre si, geralmente identificadas entre a fundamentação e o dispositivo. Não há falar em contradição fundada no art. 535, I, do CPC, em relação aos argumentos da parte e o resultado do julgamento.*

V – Não merece amparo judicial a alegação de cerceamento do direito de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, sem a produção das provas pleiteadas na inicial, tendo presente que o julgamento antecipado não implica cerceamento de direito, se desnecessária a instrução probatória. Com efeito, ‘O Supremo Tribunal tem decidido no sentido de que o indeferimento de diligência probatória, tida por desnecessária pelo juízo *a quo*, não viola os princípios do

contraditório e da ampla defesa.’ (STF - AI 786.434). Até porque, ‘Ao juiz, na qualidade de destinatário da prova, compete decidir quais provas são relevantes à formação de sua convicção’ (STF - ARE 694.689).

VI – Embargos de declaração opostos pelos Autores rejeitados (fls. 212/213e).

Buscam os recorrentes, no presente feito, a anulação da *questão 22* – porquanto não apresentaria opção correta de resposta – e da *questão 23* – ao fundamento de que a questão não forneceria todas as informações necessárias à sua solução, além de que extravasaria o conteúdo programático do certame –, ambas as questões da prova de raciocínio lógico do concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital 1/2009, determinando-se que os autores prossigam no certame.

O acórdão recorrido manteve a sentença de improcedência do pedido.

Nas razões do Recurso Especial, interposto por ambas as alíneas do permissivo constitucional, apontam os autores violação ao art. 535 do CPC/1973, ao argumento de que o Tribunal de origem rejeitara os seus Embargos de Declaração, sem, contudo, sanar as contradições e omissões apontadas no acórdão embargado, e, ainda, malferimento aos arts. 126, 165 e 458 do CPC/1973, pois o Tribunal de origem, “sem a devida fundamentação técnica ou jurídica, entendeu por privilegiar o entendimento da banca examinadora, preterindo, sobremaneira, a garantia constitucional dos Recorrentes em terem pronunciamento jurisdicional, devidamente motivado (art. 93, IX, CR/1988)” (fl. 221e).

Sustentam violação ao art. 333 do CPC/1973, porquanto a Corte *a quo*, “em manifesto vício na valoração jurídica das provas colacionadas aos autos, concluiu pela regularidade das questões impugnadas na peça de ingresso, muito embora haver prova nos autos que, uma delas, o enunciado não fornecia elementos suficientes à solução, e outra, tinha como escopo matéria não prevista no edital, ferindo, visceralmente, o princípio de legalidade” (fl. 222e).

Apontam dissídio jurisprudencial, quanto à questão 22 da prova de raciocínio lógico do aludido concurso público para o cargo de Policial Rodoviário Federal, constante do edital 1/2009 (fls. 222/231e).

Por fim, requerem o provimento do Recurso Especial, para anular o acórdão dos Embargos de Declaração, por ofensa ao art. 535 do CPC/1973, ou, alternativamente, para que “seja dado *provimento* ao recurso especial, para que, reconhecendo-se a violação à legislação federal e a divergência jurisprudencial, seja o pedido vestibular julgado totalmente procedente, tal como postulado na peça de ingresso” (fl. 233e).

Contrarrazões a fls. 286/291e.

O Recurso Especial foi admitido, pelo Tribunal de origem (fls. 301/303e).

Autos distribuídos ao Ministro *Og Fernandes* (fl. 310e).

Na sessão de julgamento da Segunda Turma do STJ de 16.06.2015, em questão de ordem suscitada pelo Ministro *Herman Benjamin* e acolhida pelo Ministro Relator, a Turma remeteu o feito à Primeira Seção, nos termos do art. 14, II, do RISTJ (fl. 420e).

Em 02.12.2015 (fl. 443e), os autos foram conclusos à Ministra *Diva Malerbi* (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região).

Iniciado o julgamento em 13.04.2016, na Primeira Seção, após a sustentação oral pediu vista regimental a Ministra *Diva Malerbi*.

Em 27.04.2016, prosseguindo no julgamento, *após o voto-vista regimental da Ministra Diva Malerbi, conhecendo parcialmente do Recurso Especial, e, nessa parte, dando-lhe parcial provimento, para declarar nula a questão 22 do certame*, determinando, em consequência, o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que fosse analisada a suficiência de tal anulação, para continuidade ou não dos ora recorrentes no concurso em tela, no que foi acompanhada pelo voto do Ministro *Humberto Martins*, e o voto do Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, divergindo parcialmente da Ministra Relatora, para deferir o pedido inicial, em maior exensão, e, via de consequência, para também anular a questão 23, pediu vista dos autos o Ministro *Benedito Gonçalves*.

Prosseguindo no julgamento, o Ministro *Benedito Gonçalves* proferiu voto-vista, acompanhando a Ministra Relatora (fl. 456e).

Na sequência, pedi vista, para melhor compreensão da controvérsia.

Trata-se, na origem, de Ação Ordinária ajuizada em face da *União*, buscando a anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva de raciocínio lógico do concurso público para o cargo de Policial Rodoviário Federal, regulado pelo edital 01/2009, sob o argumento de que, em relação à primeira questão (22), não constaria do caderno de provas a alternativa correta, e, quanto à segunda questão (23), seu enunciado não conteria informações necessárias à sua solução, e, ainda, porque cuidaria de matéria estranha ao programa editalício.

O Juízo de 1º Grau concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, determinando a correção das provas de redação dos autores, e, acaso aprovados, o prosseguimento nas demais fases do certame.

Após regular processamento do feito, *sobreveio a sentença de improcedência dos pedidos formulados pelos autores, sob o fundamento de que, na forma da jurisprudência desta Corte, não pode o Poder Judiciário corrigir questões de provas de concursos públicos, sendo certo que o caso concreto “não diz respeito à legalidade do concurso, mas reflete o inconformismo dos candidatos com o poder discricionário conferido à banca examinadora na elaboração das questões e, também, nas respostas atribuídas”* (fl. 168e).

O Tribunal de origem, por sua vez, *manteve a improcedência dos pedidos, firme na seguinte compreensão:*

2. *Sobre a questão de fundo dos autos, tenho que em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal.*

3. A propósito do assunto, destaco o seguinte excerto da jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

O controle do Poder Judiciário, em tema de concurso público, deve limitar-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital; em razão da discricionariedade da Administração Pública, que atua dentro do juízo de oportunidade e conveniência, na fixação dos critérios e normas editalícias, os quais deverão atender aos preceitos instituídos pela Constituição Federal de 1988, mormente o da vedação de adoção de critérios discriminatórios.

(Negritei). (RMS 28.751/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06.12.2011, DJe 19.12.2011).

4. *Nesse passo, a anulação judicial de questão objetiva de concurso público só é possível em caráter excepcional, ‘quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e inofismável, ou seja, quando se apresente primo ictu oculi.’* (RMS 28.204/MG, Rel. Ministra **Eliana Calmon, Segunda Turma**, julgado em 05.02.2009, DJe 18.02.2009).

5. A propósito, o seguinte aresto:

Recurso em mandado de segurança. **Concurso público. Questão objetiva. Anulação. Impossibilidade. Ausência de erro grosseiro ou reconhecimento da banca examinadora.** Recurso desprovido.

Inexistindo erro material primo ictu oculi ou reconhecimento do vício por parte da banca examinadora, é inviável a anulação judicial de questão objetiva de concurso público. Precedentes.

Recurso ordinário desprovido.

(Negritei). (RMS 20.610/RS, Rel. Ministro *Felix Fischer*, Quinta Turma, julgado em 04.05.2006, DJ 12.06.2006, p. 504)

6. *In casu*, a questão de n. 22 do caderno de prova objetiva que os Recorrentes querem ver anulada por alegada falta de alternativa dentre as opções apresentadas pela banca examinadora trata de 'álgebra básica (Teoria dos Conjuntos)', devidamente inscrita no conteúdo programático e que tem a seguinte redação (fl. 22):

Questão 22

Os motoristas que cometeram as infrações A, B e C foram contabilizados em sete conjuntos: X1, X2, X3, X4, Xr, X6, e X7. Os conjuntos X1, X2 e X3 são compostos pelos motoristas que cometeram, respectivamente, a infração A, B e C; os conjuntos X4, X5 e X6 são formados pelos que cometeram, respectivamente, as infrações A e B, A e C, E B e C. Finalmente, o conjunto X7 é composto pelos que cometeram as três infrações; seja N o número mínimo de motoristas que cometeram apenas uma infração. Sabendo que os números de motoristas desses sete conjuntos são todos diferentes e divisores de 30, o valor de N é:

- A) 6
- B) 14
- C) 22
- D) 18
- E) 10

7. A respeito dessa questão, o parecer da banca examinadora noticiado à fl. 73 arguiu que ela possui alternativa correta indicada na letra 'B', ao tempo em que registrou o seguinte resultado:

Os divisores de 30 são: 1, 2, 3, 5, 6, 10, 15, 30.

ABC = 1 motorista

AB = 2 motoristas

AC = 3 motoristas

CB = 5 motoristas

A = 6 motoristas

B = 10 motoristas

C = 15 motoristas

Construindo o diagrama Venn, vê-se que 14 motoristas cometem apenas uma infração.

8. Quanto ao precedente, do colendo TRF-5ª Região, AC 510.242/CE (2009.81.00.015667-9), citado às fls. 108/111, pelos Apelantes, hoje REsp 1.340.359/CE em trâmite no egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme 'espelho' que anexo ao voto, onde, por ora, foi apenas provido o agravo para subida do recurso, como o mérito não foi examinado, prefiro ficar com os julgados anteriormente referidos na sentença.

9. Ademais, na AP 0004370-15.2010.4.01.3813/MG, também em curso no meu gabinete, incluído, coincidentemente, na pauta de hoje, sobre a mesma questão 22 da prova guerreada, *há dois pareceres técnico, ainda que produzido unilateralmente pelo(s) candidato(s) autor(es), fls. 37 a 43 daqueles autos, dois especialistas concluem inexistir opção de resposta correta, pois o resultado seria 11, enquanto que no precedente da 5ª Região, a perícia judicial concluiu por haver duas opções que podem ser consideradas corretas, 14 (prevista nas opções) e 11 (não prevista nas opções) (fls. 110). Assim, apesar de não poder utilizar a prova emprestada da AP 0004370-15.2010.4.01.3813/MG, por não dada vista às partes, junto cópia ao voto, para tão somente demonstrar que as impugnações no aspecto técnico variam conforme os respectivos especialistas no tema. Razão porque, nos termos da sentença, prestigie o entendimento da banca examinadora.*

10. No tocante a questão 23 do caderno de prova, cuja anulação também é pretendida, têm-se o seguinte questionamento (fl. 22):

Questão 23

Duas tabelas, cada qual com 5 linhas e 3 colunas, apresentam os números de acidentes referentes a 5 rodovias federais em três meses. Na primeira tabela, os números foram obtidos sem o uso de radar, enquanto na segunda esses números foram levantados com o emprego de radar. Constatou-se que, na primeira tabela, o número registrado na i -ésima linha e j -ésima coluna é dado pelo quadrado da soma $(i+j)$ e que, na segunda tabela, o número na posição correspondente é dado pelo quadrado da diferença $(i-j)$. após esse levantamento, deseja-se diminuir a quantidade de acidentes nessas estradas com o emprego de apenas 2 radares, adotando a seguinte estratégia: primeiramente, colocar um dos radares na estrada em que se verificou a maior redução de acidentes e, em seguida, empregar o outro numa das demais estradas, escolhida aleatoriamente para cada um dos três meses. A redução média do número total de acidentes utilizando essa estratégia em relação à situação em que não se empregam radares é de

- A) 160
- B) 140
- C) 200
- D) 180
- E) 120

11. Sobre essa questão, os Recorrentes argumentam que não foram fornecidas as informações necessárias para sua solução e que ela estaria além do conteúdo programático previsto no edital. Todavia, verifico que os Autores sequer juntaram cópia do programa à inicial para amparar a tese defendida. No entanto, em consulta à rede mundial de computadores no endereço eletrônico: http://pub.funrioconcursos.org.br/publicacoes/PRF/Edital_01_PRF.pdf, observo que a questão insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.08.2009, in verbis:

Raciocínio Lógico

Argumentação Lógica: Estruturas lógicas; lógica da argumentação e diagramas lógicos. *Álgebra Básica:* Sucessões; Máximo Divisor Comum e Mínimo Múltiplo Comum; Teoria dos Conjuntos; Análise Combinatória; Razão e Proporção; Divisão Proporcional; Regra de Três: Simples e Composta; Porcentagem e Sistema Métrica Decimal.

Noções de Estatística: Descrição e análise de dados; Leitura e Interpretação de tabelas e gráficos apresentados em diferentes linguagens e representações; Cálculo de Médias e Análise de Desvios de um conjunto de dados; Frequência Relativa. *Noções de Geometria Plana:* Análise e Interpretação de diferentes representações de figuras planas, como desenhos, mapas e plantas; Utilização de Escalas; Métrica: Áreas e Volumes.

Bibliografia utilizada

IEZZI, G., DOLCE, O., MACHADO, A., Matemática e Realidade: Ensino Fundamental, 5ª Série, Editora Atual, 2005.

SÉRATES, J. Raciocínio Lógico, Volumes I e II. Editora Jonofon Sérates, 11ª edição, 2004.

IEZZI, G., MURAKAMI, C., Fundamentos de Matemática Elementar. Conjuntos e Funções, Volume 1, 8ª Edição, Atual Editora, 2008.

HAZZAN, S., Fundamentos de Matemática Elementar. Combinatória e Probabilidade, Volume 5, 7ª Edição, Atual Editora, 2007.

DOLCE, O., POMPEO, J. N., Fundamentos de Matemática Elementar: Geometria Plana, Volume 9, 8ª Edição. Atual Editora, 2005.

ROCHA, E., Raciocínio Lógico: Teoria e Questões, Editora Campus, 2ª Edição, 2006.

RODRIGUES, L. R. F, Matemática e Raciocínio Lógico Matemático para Concursos, Editora Servanda, 1ª Edição, 2009.

MORGADO, A. C., CESAR, B., Raciocínio Lógico-Quantitativo: Teoria e Mais de 850 Questões. Editora CAMPUS. 4ª Edição, 2009.

12. Ademais, a banca examinadora do certame noticiou a resposta da questão à fl. 73, nestes termos:

Redução de acidentes na i-ésima estrada e j-ésimo mês é: $4ij$. Ou seja, a maior redução de acidentes ocorre sempre na estrada $i=5$, independente do mês. Assim sendo, colocando o primeiro radar nesta estrada a redução média de acidentes é dada por $4*5*(1+2+3)=120$. Restam, portanto, 4 estradas e três meses para empregar o segundo radar. No mês 'A' a redução média é de $4*(1+2+3+4)/4=10$. no mês 'B' a redução média é de $8*(1+2+3+4)/4=20$ e, no mês 'C', a redução média é de $12*(1+2+3+4)/4=30$. assim sendo, a redução média total com o uso do 2º radar é de 60. portanto, a redução total de acidentes é igual a 180.

13. Examinando perfunctoriamente os quesitos acima colacionados e as respostas sugeridas, e apoiado na orientação jurisprudencial das Cortes Superiores sobre o assunto, entendo que não merece prosperar a pretensão de anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva para o cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital 1/2009 - DPRF. Isso porque demanda conhecimento regular do conteúdo explicitado no edital e também porque os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista a ensejar sua anulação.

Pelo exposto, não conheço do agravo retido interposto pela União e nego provimento à apelação dos Autores (fls. 191/194e).

Da mesma forma, confira-se o voto condutor do acórdão que rejeitara os Embargos de Declaração, *in verbis*:

3. No caso 'sub examine' não há nenhuma omissão ou contradição no acórdão embargado. O voto condutor do acórdão deixou claro que 'a anulação judicial de questão objetiva de concurso público só é possível em caráter excepcional, 'quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente *primo ictu oculi*!' (RMS 28.204/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 18.02.2009).

4. Nesse passo, os fundamentos que nortearam o acolhimento do posicionamento da banca examinadora estão dispostos no seguinte excerto (fls. 164/165):

6. ... a questão de n. 22 do caderno de prova objetiva que os Recorrentes querem ver anulada por alegada falta de alternativa dentre as opções apresentadas pela banca examinadora trata de 'álgebra básica (Teoria dos Conjuntos)', devidamente inscrita no conteúdo programático e que tem a seguinte redação (fl. 22):

(...)

5. A alegação de que o acórdão não apreciou os argumentos expostos pelos embargantes em relação a questão n. 23 do caderno de prova não merece prevalecer. Isso porque, na resolução da controvérsia, o órgão julgante não está obrigado a apreciar todas as alegações opostas pelos litigantes e nem prender-se às proposições por eles sugeridas, devendo indicar os fundamentos que embasaram sua decisão a fim de cumprir o mandamento do art. 93, IX, da Constituição Federal.

6. Inexiste contradição quando o voto condutor do acórdão acertadamente registra que os recorrentes não juntaram aos autos a cópia do conteúdo programático previsto no edital a fim de sustentarem sua pretensão judicial. Com efeito, a contradição autorizadora dos aclaratórios é interna ao julgado, percebida em face de proposições inconciliáveis entre si, geralmente identificadas entre a fundamentação e o dispositivo. Não há falar em contradição fundada no art. 535, I, do CPC, em relação aos argumentos da parte e o resultado do julgamento.

7. Por fim, *não merece amparo judicial a alegação de cerceamento do direito de defesa em razão do julgamento antecipado da lide, sem a produção das provas pleiteadas na inicial, tendo presente que o julgamento antecipado não implica cerceamento de direito, se desnecessária a instrução probatória. Com efeito, 'O Supremo Tribunal tem decidido no sentido de que o indeferimento de diligência probatória, tida por desnecessária pelo juízo a quo, não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.'* (AI 786.434 AgR, Relator: Min. **Ricardo Lewandowski**, 1ª Turma, julgado em 02.12.2010, DJe 1º.02.2011). *Até porque, 'Ao juiz, na qualidade de destinatário da prova, compete decidir quais provas são relevantes à formação de sua convicção'* (ARE 694.689 AgR, Relator: Min. **Luiz Fux**, 1ª Turma, julgado em 16.10.2012, DJe 08.11.2012).

8. Desse modo, não existem omissões ou contradições a serem supridas, uma vez que a demanda posta para julgamento foi examinada de acordo com o ordenamento legal referente à matéria. Eventual inconformismo referente ao resultado do julgamento deve ser manifestado em recurso próprio e não por embargos de natureza eminentemente declaratória, que não tem condão de reexaminar a matéria já decidida pela Corte.

Pelo exposto, *rejeito os embargos de declaração opostos pelos Autores* (fls. 206/213e).

Posto isso, acompanho os votos que me antecederam, para afastar qualquer malferimento aos arts. 535, 126, 165 e 458, II, do CPC/1973.

Igualmente, em relação ao art. 333 do CPC/1973, apontado com violado, nas razões recursais, pela alínea **a** do permissivo constitucional, entendo que a tese dos recorrentes, a ele vinculada, esbarra, inarredavelmente, no óbice da Súmula 7/STJ.

Do mesmo modo, em relação ao conhecimento do recurso pela alínea **c** – especificamente sobre a possibilidade de o Poder Judiciário analisar as questões 22 e 23 do concurso em comento –, após detida leitura dos percipientes votos já lançados, entendo pela necessidade de uniformização da jurisprudência do STJ quanto ao tema, motivo pelo qual, pelos mesmos fundamentos já apresentados, flexibilizando as exigências de natureza formal, por ser a divergência notória, na forma da jurisprudência do STJ, conheço do apelo nobre, pela divergência.

Com relação à *questão 23*, diante da compreensão firmada pelas instâncias ordinárias, à luz do acervo fático da causa – no sentido de que a referida questão, ao contrário do que afirma a parte recorrente, está correta, inserta nos conhecimentos atinentes a raciocínio lógico e noções de estatística, conforme previsto no edital do certame (fls. 193/194e) –, concluir de forma contrária é pretensão inviável, nesta seara recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ, pelo que acompanho a Relatora, pela impossibilidade de anulação da questão 23.

A propósito, dentre vários, o seguinte aresto desta Corte:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Concurso público. Critérios de correção de prova discursiva. Inviabilidade de análise do conjunto fático-probatório. Súmula 7/STJ. Agravo regimental do particular a que se nega provimento.

1. No julgamento do tema em repercussão geral 485, o Supremo Tribunal Federal concluiu não competir ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas, salvo excepcional juízo de compatibilidade do conteúdo das questões com o previsto no edital do certame (RE 632.853/CE, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, Tribunal Pleno, DJe de 29.6.2015).

2. *Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, com base no conjunto fático-probatório dos autos, consignaram que os critérios de correção não se afastaram do disposto no edital e programa do concurso.*

3. *A inversão do que foi decidido pelo Tribunal de origem, tal como propugnado nas razões do apelo especial, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório dos autos, providência, todavia, que encontra óbice no enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.*

4. Agravo Regimental do Particular a que se nega provimento” (STJ, AgRg no Ag 1.424.286/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 03.02.2017).

No que tange à *questão 22*, todavia, ousou divergir da Relatora.

Não se desconhece que inúmeras ações judiciais foram ajuizadas pelos candidatos do referido concurso, objetivando a anulação da questão 22 do aludido certame, *em razão de existirem pareceres de especialistas da área específica – tanto perito judicial, quanto auxiliar técnico da parte –, que, contrariamente ao que afirma a Banca Examinadora do presente concurso, ora afirmam inexistir resposta correta, dentre as alternativas apresentadas no quesito, ora asseveram existir mais de uma alternativa correta, quanto à referida questão 22 do certame em apreço.*

Como esclarecem as instâncias ordinárias, no presente caso, a inicial fundamenta-se em parecer técnico contratado pelos autores (fls. 25/41e) – que concluiu que não há resposta correta para a questão 22 (fl. 33e) –, contrariamente à posição técnica adotada pela Banca Examinadora do certame, que aponta, como correta, a alternativa *B* da aludida questão 22 (14).

Assim, em relação à questão 22, detive especial atenção aos precedentes desta Corte, citados nos votos anteriores e na sustentação oral – em sua maciça maioria, proferidos singularmente, pelo Relator –, além de outros que localizei, dentre inúmeros, os quais peço vênia para elencar, seguindo a ordem cronológica de publicação:

2012

- AgRg no REsp 1.340.359/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques – recorrente: União – *decisão*: negou provimento ao recurso – *Acórdão*: Agravo Regimental não conhecido – Súmula 182/STJ (DJe de 19.12.2012 - *transitado em julgado em 05.04.2013*);

2013

- AgRg no REsp 1.379.226/RS, Rel. Ministro Castro Meira – recorrente: candidato – *decisão*: reconsiderou decisão anterior, para, citando o REsp 1.340.359/CE, dar provimento ao recurso (DJe de 23.08.2013 - *transitado em julgado em 09.09.2013*);

2014

- AREsp 502.875/RN, Rel. Ministro Sérgio Kukina – recorrente: União – *decisão*: negou provimento ao Agravo, pela Súmula 7/STJ (DJe de 14.05.2014 *transitado em julgado em 27.05.2014*);

- AgRg no AREsp 455.408/RN, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima – recorrente: União – *decisão*: reconsiderou a decisão anterior, para negar

seguimento ao recurso, acompanhando os julgados: AREsp 502.875/RN (Súmula 7) e REsp 1.379.226/RS (DJe de 1º.07.2014 - *transitado em julgado em 13.08.2014*);

- AREsp 529.912/PB, Rel. Ministro *Og Fernandes* – recorrente: União – *decisão*: conheceu do Agravo, para negar seguimento ao Recurso Especial – adotou precedente da Terceira Seção (MS 13.237/DF), que tratava de outro concurso (DJe de 07.08.2014 - *transitou em julgado em 22.08.2014*);

- AgRg no AREsp 500.567/CE, Rel. Ministro *Herman Benjamin* – recorrente: União – *Acórdão*: Segunda Turma manteve a decisão singular, que negara provimento ao Agravo em Recurso Especial, pela Súmula 7/STJ (DJe de 18.08.2014 - *transitou em julgado em 19.09.2014*: embora a inicial postulasse a anulação das questões 22 e 23, a sentença, que restou mantida, só anulou a questão 22);

- AgRg no REsp 1.452.785/PR, Rel. Ministro *Og Fernandes* – recorrente: União – *decisão*: negou seguimento ao recurso, pela Súmula 7/STJ – *Acórdão*: Agravo Regimental não conhecido – Súmula 182/STJ (DJe de 1º.09.2014 - *transitou em julgado em 03.10.2014*);

- AREsp 557.782/PE, Rel. Ministro *Herman Benjamin* – recorrente: União – *decisão*: negou provimento ao recurso, pela Súmula 7/STJ, (DJe de 06.10.2014 - *transitou em julgado em 20.10.2014*);

- AREsp 577.114/RN, Rel. Ministro *Herman Benjamin* – recorrente: União – *decisão*: não conheceu do Agravo, pela Súmula 182/STJ (DJe de 15.10.2014 - *transitou em julgado em 29.10.2014*);

- REsp 1.480.711/CE, Rel. Ministro *Herman Benjamin* – recorrente: União – *decisão*: negou seguimento, pela Súmula 7/STJ (DJe de 22.10.2014 - *transitou em julgado em 04.11.2014*: embora a inicial postulasse a anulação das questões 22 e 23, a sentença, que restou mantida, só anulou a questão 23);

- AREsp 522.032/PE, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves* – recorrente: candidato – *decisão*: conheceu do Agravo, para dar provimento ao Recurso Especial, adotando precedentes: AgRg no REsp 1.379.226/RS, AgRg no AREsp 455.408/RN, REsp 1.340.359/RN, AREsp 502.875/RN (Súmula 7) e REsp 1.480.711/CE, que anulou apenas a questão 23 (Súmula 7) (DJe de 03.11.2014 - *transitou em julgado em 28.11.2014*), ficando anuladas as questões 22 e 23, embora o Relator cite apenas três precedentes de mérito (dois deles monocráticos), relativos à questão 22, e não à questão 23, como destacado pela Relatora;

- *AREsp 604.260/AL*, Rel. Ministra *Regina Helena Costa* – recorrente: União – *decisão*: conheceu do Agravo, para negar seguimento ao Recurso Especial, por óbices sumulares (DJe de 03.12.2014 - *transitou em julgado em 16.12.2014*);

2015

- *AREsp 376.903/RN*, Rel. Ministro *Sérgio Kukina* – recorrente: União – *decisão*: negou provimento ao Agravo, por óbices sumulares, ficando mantida a anulação da questão 22 (DJe de 03.02.2015 - *transitou em julgado em 19.02.2015*);

- *AREsp 664.680/RN*, Rel. Ministro *Sérgio Kukina* – recorrente: União – *decisão*: negou provimento ao Agravo, por óbices sumulares (DJe de 06.03.2015 - *transitou em julgado em 20.03.2014*);

- *REsp 1.449.058/SE*, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves* – recorrente: União – *decisão*: negou provimento, seguindo os precedentes citados: AgRg no REsp 1.379.226/RS, AgRg no AREsp 455.408/RN, REsp 1.340.359/CE, AREsp 502.875/RN (Súmula 7) e REsp 1.480.711/CE, que anulou apenas a questão 23 (Súmula 7) (DJe de 17.03.2015 - *transitou em julgado em 31.03.2015*);

- *REsp 1.491.156/SE*, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves* – recorrente: candidato – *decisão*: deu provimento, seguindo os precedentes já citados: AgRg no REsp 1.379.226/RS, AgRg no AREsp 455.408/RN, REsp 1.340.359/CE, AREsp 502.875/RN (Súmula 7) e REsp 1.480.711/CE, que anulou apenas a questão 23 (Súmula 7) (DJe de 20.03.2015 - *transitou em julgado em 07.04.2015*);

- *AREsp 557.295/CE*, Rel. Ministra *Assusete Magalhães* – recorrente: União – *decisão*: conheceu do Agravo, para negar seguimento ao Recurso Especial, por óbices sumulares (DJe de 07.05.2015 - *transitou em julgado em 21.05.2015*);

- AgRg no *REsp 1.487.419/PE*, Rel. Ministro *Humberto Martins* – recorrente: candidato – *decisão* de 15.05.2015 (após o julgamento, em 23.04.2015, pelo STF, do RE 632.853/CE, em regime de repercussão geral, embora a ele não se refira): reconsiderou a decisão anterior, para dar parcial provimento ao recurso, para restabelecer a sentença, quanto à possibilidade de anulação das questões 22 e 29 (DJe de 21.05.2015 - *transitou em julgado em 05.06.2015*);

- *REsp* 1.468.492/PR, Rel. Ministro *Herman Benjamin* – recorrente: União – *decisão*: negou seguimento ao recurso, pela Súmula 7/STJ, (DJe de 27.08.2015 – *transitou em julgado em 10.09.2015*);

- *REsp* 1.480.367/RS, Rel. Ministra *Regina Helena Costa* – recorrente: União – *decisão*: negou seguimento ao recurso, pela Súmula 7/STJ, (DJe de 26.11.2015 – *transitou em julgado em 17.12.2015*);

2016

- *REsp* 1.547.286/PR, Rel. Ministra *Diva Malerbi* (Desembargadora Federal convocada do TRF/3ª Região) – recorrente: União – *decisão*: negou seguimento ao recurso, pela Súmula 284/STF (DJe de 15.02.2016 – *transitou em julgado em 03.03.2016*);

- *AREsp* 503.669/RN, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho* – recorrente: União – *decisão*: negou provimento ao Agravo, por óbices sumulares (DJe de 13.10.2016 – *transitou em julgado em 13.12.2016*);

2017

- *REsp* 1.654.857/PR, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques* – recorrente: União – *decisão*: não conheceu do recurso, pelas Súmulas 284/STF e 211/STJ (DJe de 08.03.2017 – *transitou em julgado em 08.05.2017*).

Analisando os citados julgados, observei que a tese defendida pelos ora recorrentes – no sentido de que *é possível ao Poder Judiciário, com espeque em laudo técnico pericial, apreciar o acerto ou não da alternativa atribuída como correta, pela banca examinadora* – restou vencedora no STJ, em duas situações distintas: *ou* pela aplicação de óbice sumular ao recurso da União, mantendo incólume a conclusão do acórdão de origem, favorável aos candidatos; *ou* simplesmente foram ratificados precedentes desta Corte, em hipóteses análogas, sem analisar, especificamente, o caso concreto.

Entendo que o caso em discussão – pedindo a mais respeitosa vênua aos que pensam em contrário – não cuida, especificamente, de exame da legalidade do certame, mas de inconformismo da parte autora com o poder discricionário da banca examinadora, quanto à elaboração das referidas questões.

Com efeito, há muito o STF apregoa que *os critérios de correção de questões de provas de concurso público e as notas atribuídas pela banca examinadora não são passíveis de apreciação, pela via judicial*. Nesse sentido, o seguinte julgado, dentre inúmeros:

Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Concurso público. MPU. 3. Colhe-se dos autos que o edital de abertura do certame publicado na imprensa oficial foi integralmente reproduzido no sítio eletrônico do CESPE. 4. Correção da prova discursiva por meio de tópicos. Não configurada violação ao princípio da vinculação ao edital. 5. *Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir a banca examinadora para avaliar as respostas dadas pelos candidatos e as notas a elas atribuídas.* Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão agravada. 6. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, AgRg no MS 30.433/DF, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 13.09.2011).

E, a espancar dúvidas sobre o assunto, em 23.04.2015, no julgamento do RE 632.853/CE, o Plenário do STF, apreciando o Tema 485 da Repercussão Geral, nos termos do voto do Relator, Ministro *Gilmar Mendes*, firmou as premissas de que o Poder Judiciário não pode interferir nos critérios de correção de prova, ressalvada a excepcional hipótese de “juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame”, em acórdão assim ementado:

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. *Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas.* Precedentes. 3. *Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame.* Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido (STF, RE 632.853/CE, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Pleno, DJe de 26.06.2015, sob o regime da repercussão geral).

Para melhor elucidação da tese adotada pelo STF, transcreve-se o seguinte excerto do voto condutor do RE 632.853/CE:

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Ceará, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea ‘a’, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará ementado nos seguintes termos:

*Apelação cível ação ordinária **concurso público exame das questões objetivas do certame quesitos que admitem mais de uma resposta como correta nulidade** edital com indicação de literatura respostas que não se regem pelas regras editalícias impossibilidade apelações conhecidas e improvidas. I - O concurso público, de provas e títulos, rege-se pelos princípios da legalidade, da moralidade e da razoabilidade. II - Destarte, não se mostram razoáveis os quesitos da prova objetiva que apresentam mais de uma resposta como correta. III - Neste sentir, tal situação malferere*

o princípio da moralidade pública. IV - Igualmente, com aplicação do princípio da legalidade, não pode o concurso público deixar de dar observância estrita ao Edital. V - Neste caso, muito embora o Edital do Certame indicasse literatura própria às matérias a serem submetidas aos certamistas, desconsiderou a doutrina indicada em prol de pesquisadores diversos, o que lhe é defeso. VI - Apelação desprovida. VII - Remessa oficial desacolhida. VIII - Sentença hostilizada inalterada. (Fls. 67-68).

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados.

Inicialmente, o presente recurso não foi admitido pelo Tribunal de origem. Deixou de ser provido ao agravo de instrumento para convertê-lo neste recurso extraordinário.

Na espécie, o Tribunal de origem, por maioria, confirmou a sentença que anulou as questões objetivas 23, 25, 26, 27, 29, 39, 42, e 48 do 1º Concurso Público Unificado de Base Local no Estado/Programa Saúde da Família de Provas e Títulos para o Cargo de Enfermeiro, por dois motivos: primeiro, por entender que possuem mais de uma resposta; segundo, por depreender que o examinador desconsiderou a literatura indicada no edital, optando por outros doutrinadores.

A controvérsia constitucional a ser analisada refere-se à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o ato administrativo que profere avaliação de questões em concurso público.

(...)

Discute-se nestes autos a possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o ato administrativo que corrige questões de concurso público.

No caso dos autos, as recorridas ajuizaram ação ordinária com pedido de tutela antecipada com o objetivo de declarar a nulidade de dez questões do concurso público para provimento do cargo de enfermeiro da Secretaria da Saúde do Estado do Ceará, ao fundamento de que não houve respostas ao indeferimento dos recursos administrativos.

(...)

Ademais, defendem que as questões impugnadas possuem mais de uma assertiva correta, uma vez que o gabarito divulgado contraria leis federais, conceitos oficiais do Ministério da Saúde, da ANVISA, dos manuais técnicos de enfermagem e da própria doutrina recomendada pelo edital do concurso.

O acórdão recorrido confirmou a sentença que declarou nula as questões objetivas 23, 25, 26, 27, 29, 39, 42 e 48 do concurso, por entender que elas possuem mais de uma alternativa correta, conforme a doutrina indicada no edital do certame.

É antiga a jurisprudência desta Corte no sentido de que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Quando do julgamento do MS 21.176, ainda em 19.12.1990, o min. Aldir Passarinho assim se pronunciou sobre o tema:

(...) incabível que se possa pretender que o Judiciário – mormente em tema de mandado de segurança – possa substituir-se à Banca Examinadora para dizer se tal ou qual questão foi bem respondida, que tal ou qual questão poderia ter mais de uma resposta. Os critérios adotados pela Banca Examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Judiciário, salvo se houver ilegalidade ou inconstitucionalidade, o que no caso não ocorre. E nem se torna possível que a Justiça possa fazer revisões de provas para dizer do maior ou menos acerto das respostas aos quesitos formulados.

Nessa mesma oportunidade, o min. Carlos Velloso teceu as seguintes considerações em seu voto:

Na verdade, não é possível ao Tribunal substituir-se à banca examinadora. O que se exige é que se dê tratamento igual a todos os candidatos. Isso parece que foi dado, nenhum candidato argumentou em sentido contrário.

Em direito, nem sempre há uniformidade. De modo que, adotando a banca uma certa opção e exigindo de todos e a todos aplicando o mesmo tratamento, isto é o bastante.

Nesse sentido, confira-se a ementa do MS 21.408, rel. Min. Moreira Alves, DJ 29.5.1992, julgado pelo Plenário desta Corte:

Mandado de Segurança. Concurso para Procurador da República. - Estando o arredondamento de notas expressamente vedado no regulamento do concurso - e essa norma não foi sequer atacada na inicial -, não pode ele ser pleiteado com base em lei que não é federal, mas, ao que tudo indica estadual (a Lei n. 4.264/84 do Estado da Bahia), que é inaplicável a concurso para o ingresso no quadro do Ministério Público Federal. - No mandado de segurança 21.176, não só se teve como constitucional e legal o critério de penalização, com o cancelamento de respostas certas, nas provas de múltipla escolha, como *também se considerou não caber ao Poder Judiciário substituir-se a Banca Examinadora para decidir se a resposta dada a uma questão, foi, ou não, correta, ou se determinada questão teria, ou não, mais de uma resposta dentre as oferecidas a escolha do candidato. Mandado de segurança que se indefere*, cassando-se a liminar anteriormente concedida.

No mesmo sentido, também julgado em Plenário, o MS 27.260, redatora do acórdão Min. Cármen Lúcia, DJe 26.3.2010:

Concurso público. Procurador da República. Prova objetiva: modificação do gabarito preliminar. Reprovação de candidata decorrente da modificação

do gabarito. Atribuições da banca examinadora. Mérito das questões: impossibilidade de revisão judicial. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Recurso ao qual se nega provimento. 1. A modificação de gabarito preliminar, anulando questões ou alterando a alternativa correta, em decorrência do julgamento de recursos apresentados por candidatos não importa em nulidade do concurso público se houver previsão no edital dessa modificação. 2. A ausência de previsão no edital do certame de interposição de novos recursos por candidatos prejudicados pela modificação do gabarito preliminar não contraria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. *Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora do concurso público para reexaminar os critérios de correção das provas e o conteúdo das questões formuladas* (RE 268.244, relator o Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 30.6.2000; MS 21.176, relator o Ministro Aldir Passarinho, Plenário, DJ 20.3.1992; RE 434.708, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 9.9.2005).

Ainda, no mesmo sentido, confira-se a ementa da AO-ED 1.395, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 22.10.2010:

Embargos declaratórios em decisão monocrática. Conversão em agravo regimental. Matéria pacífica. Concurso público. Ausência de nulidade. Observância dos princípios da isonomia e da publicidade. Agravo regimental não provido. 1. A jurisprudência desta Suprema Corte não admite embargos declaratórios contra decisão monocrática. Embargos recebidos como agravo regimental apresentados no prazo recursal desse. 2. Não há violação aos princípios da isonomia e da publicidade quando a divulgação das notas dos candidatos em concurso público ocorre em sessão pública, mesmo que em momento anterior ao previsto no edital, ainda mais quando, como no caso, todos forem informados de sua ocorrência. 3. A inobservância de regra procedimental de divulgação de notas não acarreta a nulidade de concurso público quando não demonstrado prejuízo aos concorrentes. 4. *Não cabe ao Poder Judiciário rever os critérios de correção das provas e as notas a elas atribuídas, a não ser quando seja exigido conhecimento de matéria não prevista no edital.* 5. Agravo regimental não provido.

Há, também, decisões de ambas as turmas desta Corte no mesmo sentido: AO-ED 1604, rel. min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 31.3.2014; MS 31.067, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 5.11.2013; MS 30.859, rel. min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23.10.2012; AI-AgR 827.001, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 30.3.2011; AI-AgR 500.416, de minha relatoria, Segunda Turma, DJ 10.9.2004.

Na espécie, o acórdão recorrido divergiu desse entendimento ao entrar no mérito do ato administrativo e substituir a banca examinadora para renovar a correção de

questões de concurso público, violando o princípio da separação dos poderes e a própria reserva de administração (Verwaltungsvorbehalt).

Não se trata de controle de conteúdo das provas ante os limites expressos no edital, admitido pela jurisprudência do STF nas controvérsias judiciais sobre concurso público. Ao contrário, o acórdão recorrido, expressamente, substituiu a banca do certame, de forma a proceder à nova correção das questões.

Tanto a sentença quanto o aresto recorrido reavaliaram as respostas apresentadas pelos candidatos para determinar quais seriam os itens corretos e falsos de acordo com a doutrina e a literatura técnica em enfermagem. Com base nessa literatura especializada, o acórdão recorrido infirmou o entendimento da banca e identificou mais de um item correto em determinadas questões do certame, extrapolando o controle de legalidade e constitucionalidade, para realizar análise doutrinária das respostas.

Em outras palavras, os juízos ordinários não se limitaram a controlar a pertinência do exame aplicado ao conteúdo discriminado no edital, mas foram além para apreciar os critérios de avaliação e a própria correção técnica do gabarito oficial.

Assim, houve indevido ingresso do Poder Judiciário na correção de provas de concurso público, em flagrante violação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, entre vários precedentes, confira-se a ementa do REAgR 440.335, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Concurso público. Anulação de questão. 1. Anulação de questão não prevista no edital do concurso. 2. O Supremo Tribunal Federal entende admissível o controle jurisdicional em concurso público quando 'não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso'. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento.

Logo, tendo em vista que o acórdão recorrido conflita com firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, dou provimento ao recurso extraordinário para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, invertidos os ônus sucumbenciais.

E, adiante, prossegue:

Se amanhã aparecer uma questão que não consta do edital, mas, veja, aí o juiz não substitui o avaliador, nem a banca. Simplesmente, irá dizer: esta questão não estava colocada. Num concurso da Procuradoria da República se não tivesse a

matéria 'Direito Previdenciário' e lá aparecessem questões de 'Previdenciário' - não é? -, o juiz faria meramente essa avaliação: é um caso de matéria 'previdenciária' que não foi prevista no edital.

Merecem relevo, igualmente, as palavras que se seguiram, proferidas pelo saudoso Ministro *Teori Zavascki*:

Este caso concreto é bem pedagógico, porque se trata de um concurso para um cargo na área de enfermagem. Num caso desses, o juiz necessariamente vai depender do auxílio de outras pessoas, especialistas na área. Não se pode dizer que o Judiciário seja um especialista na área de enfermagem. Ele vai depender necessariamente de outros especialistas. Em outras palavras, o juiz vai substituir a banca examinadora por uma pessoa da sua escolha, e isso deturpa o princípio do edital.

De modo que insisto nisto: em matéria de controle jurisdicional de concurso público, a intervenção do Judiciário deve ser minimalista, como colocou o Ministro-Relator Gilmar Mendes. Eu acompanho Sua Excelência.

Na mesma linha, as ponderações feitas pela Ministra *Carmen Lúcia*:

Foi lembrado aqui, o grande Seabra Fagundes, que, desde a década de 60, quando participou da comissão que elaborou o que veio a se tornar a Lei n. 4.717, que é a Lei de Ação Popular, já fez constar expressamente, pela primeira vez, a possibilidade de o Poder Judiciário adentrar elementos do ato administrativo, mas não os discricionários. Isso veio se fortalecendo, e o caso do concurso é típico de uma mudança realmente do que vem a ser o Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito. (...) No que se refere, no entanto, à possibilidade de se syndicar judicialmente, não tenho dúvida, tal como foi dito desde o voto do eminente Relator, que os concursos públicos contam com alguns elementos que são sindicáveis, sim, pelo Poder Judiciário. Não, porém, aqueles dois, basicamente, que são inerentes ao núcleo do ato administrativo - chama-se mérito, na verdade, é o merecimento, é o núcleo central do ato -, que dizem respeito apenas a que ou vale a decisão da banca, ou se substitui por uma decisão que seria, no caso, do Poder Judiciário. Quer dizer, o que o Poder Judiciário não pode é substituir-se à banca; se disser que é essa a decisão correta e não outra, que aí foge à questão da legalidade formal, nós vamos ter, como bem apontou o Ministro Teori, um juiz que se vale de um perito que tem uma conclusão diferente daquela que foi tomada pelos especialistas que compõem a banca. Então, na verdade, isso não é controle, mas é substituição. (...) Ressalva feita ao controle de legalidade quanto aos aspectos que são objetivos, e, por isso, sindicáveis, o que não se dá neste caso (...)

No mesmo sentido é a remansosa jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que ao Poder Judiciário, no tocante a questões relativas a concurso

público, em regra, cabe tão somente apreciar a legalidade do certame, sendo-lhe vedado substituir-se à banca examinadora para apreciar os critérios utilizados para a elaboração e correção das provas, sob pena de indevida interferência no mérito do ato administrativo. Ou seja, “o Poder Judiciário não pode atuar em substituição à banca examinadora, apreciando critérios na formulação de questões, reexaminado a correção de provas ou reavaliando notas atribuídas aos candidatos” (STJ, RMS 28.204/MG, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Segunda Turma, DJe de 18.02.2009).

No mesmo sentido:

Agravo interno no recurso extraordinário. Concurso público. Correção de questão. Tema 485/STF.

1. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema em Repercussão Geral n. 485/STF, concluiu não caber ao ‘Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas’, salvo excepcional juízo de compatibilidade do conteúdo das questões com o previsto no edital do certame.*

2. Hipótese em que o acórdão da Segunda Turma desta Corte coaduna-se com a conclusão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Agravo interno improvido (STJ, AgInt no RE nos EDcl no RMS 50.081/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe de 21.02.2017).

Administrativo. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Prova subjetiva. Revisão. Não cabimento. Agravo interno improvido.

I. *Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cabível ao Poder Judiciário a apreciação da legalidade do concurso público, sendo-lhe vedado, todavia, substituir-se à banca examinadora do certame, para reexaminar questões de prova, sob pena de indevida incursão no mérito do ato administrativo.*

II. Recurso improvido (STJ, AgInt no RMS 49.513/BA, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 20.10.2016).

Administrativo. Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Prova subjetiva. Revisão. Não cabimento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça determina que é cabível ao Poder Judiciário a apreciação da legalidade do concurso público, sendo-lhe vedado, todavia, substituir-se à banca examinadora do certame, para reexaminar questões de prova, sob pena de indevida incursão no mérito do ato administrativo.

Agravo interno improvido (STJ, AgInt no RMS 48.382/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 18.08.2016).

Administrativo. Processual Civil. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Enunciado Administrativo 2/STJ. Concurso público. Prova objetiva. Pretensão de correção de questão. Revisão de critérios de avaliação. Impossibilidade pelo Poder Judiciário. Repercussão geral. RE 632.853/CE.

1. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. (...) Excepcionalmente, no entanto, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. (RE 632.853, Relator(a): Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, julgado em 23.04.2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-125 divulg 26.06.2015 public 29.06.2015).

2. O caso concreto não cuida da referida exceção, visto que a causa de pedir remete à interpretação de duas questões do caderno de prova objetiva em cotejo com a interpretação de diversos normativos do CPC de 1973, a fim de encontrar-se resposta condizente com a compreensão da candidata.

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no RMS 48.252/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 08.06.2016).

Administrativo. Processual Civil. Concurso público. Pretensão de revisão de prova objetiva. Impossibilidade. Tema fixado em repercussão geral pelo STF. Conteúdo da prova. Aferição de pertinência. Dilação probatória. Laudo juntado. Necessidade de contraditório. Imprestabilidade na via mandamental.

1. Recurso ordinário interposto contra acórdão no qual se denegou a segurança à postulação de anulação de quatro questões de concurso público para o cargo de agente tributário; a parte recorrente alega que as questões 11 e 30 conteriam erros grosseiros e que as questões 69 e 77 versariam, respectivamente, sobre matéria não prevista no edital e com erro grosseiros.

2. A jurisprudência está consolidada no sentido de que não é possível a revisão de questões de concurso público, mesmo de caráter jurídico, tendo o tema sido fixado em sede de repercussão geral pelo Pretório Excelso: '(...) não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas (...)’ (RE 632.853/CE, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Acórdão eletrônico de Repercussão Geral - Mérito publicado no DJe-125 em 29.6.2015.).

(...)

Recurso ordinário improvido (STJ, RMS 48.163/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 09.05.2016).

Processual Civil. Administrativo. (...) Concurso público. Ministério Público Estadual. Correção de prova. Reavaliação dos critérios empregados pela banca examinadora. Impossibilidade. Precedentes do STJ e STF. Ausência de ilegalidade

ou de incompatibilidade do conteúdo cobrado com o edital. Indeferimento motivado dos recursos apresentados pelo candidato. Direito líquido e certo não caracterizado.

I - *O acórdão recorrido adotou entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal e nesta Corte, segundo o qual não compete ao Poder Judiciário reavaliar os critérios empregados por banca examinadora na correção de prova de concurso público, ressalvado o exame da legalidade dos procedimentos e a análise da compatibilidade entre o conteúdo cobrado e o previsto no edital.*

II - Acervo probatório que não evidencia ilegalidades no exame das respostas da parte Impetrante, muito menos incongruência dos tópicos exigidos com o conteúdo programático.

III - Colhe-se dos autos que os recursos administrativos apresentados pelo candidato foram adequada e suficientemente motivados pelos examinadores.

(...) (STJ, AgRg no RMS 37.683/MS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 29.10.2015).

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Serviços notariais e de registros públicos. *Reavaliação dos critérios utilizados na correção de prova discursiva. Incompetência do Poder Judiciário. Impossibilidade de substituição da banca examinadora.*

1. *O reexame dos critérios utilizados pela Banca Examinadora na formulação de questões, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos é vedado, como regra, ao Poder Judiciário, que deve se limitar à análise da legalidade e da observância às regras contidas no respectivo edital. Precedentes do STJ.*

2. Recurso Ordinário não provido (STJ, RMS 32.108/MA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 14.09.2010).

Processual Civil. Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Ingresso nos serviços notariais e de registros públicos. Prova preliminar (edital n. 02/2004 – CPCIRSNR). Critérios de correção e interpretação de questões.

1. *O Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora, tampouco se imiscuir nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas, porquanto sua atuação cinge-se ao controle jurisdicional da legalidade do concurso público. Precedentes da Corte: RMS 26.735/MG, Segunda Turma, DJ 19.06.2008; RMS 21.617/ES, Sexta Turma, DJ 16.06.2008; AgRg no RMS 20.200/PA, Quinta Turma, DJ 17.12.2007; RMS 22.438/RS, Primeira Turma, DJ 25.10.2007 e RMS 21.781/RS, Primeira Turma, DJ 29.06.2007.*

2. *In casu, a pretensão engendrada no mandado de segurança ab origine, qual seja, invalidação da questão n. 23 da prova de Conhecimentos Gerais de Direito, esbarra em óbice intransponível, consubstanciado na ausência de direito líquido e certo, uma vez que o Poder Judiciário não pode se imiscuir nos critérios de correção*

de provas, além do fato de que o desprovimento do recurso administrativo in foco decorreu da estrita observância dos critérios estabelecidos no edital que rege o certame, fato que, evidentemente, revela a ausência de ilegalidade e, a fortiori, afasta o controle judicial.

3. Recurso ordinário desprovido (STJ, RMS 19.615/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 03.11.2008).

No presente caso, sustentam os recorrentes, baseados em parecer técnico-científico que trouxeram junto à inicial, que, após a 1ª fase do certame, referente à prova objetiva de múltipla escolha, recorreram administrativamente, em razão das questões 22 e 23 da prova de raciocínio lógico. A primeira (22) por não conter alternativa correta de resposta, e a segunda (23), por não fornecer as informações necessárias à sua solução, além do que a matéria transcenderia o conteúdo programático editalício, tal como consta do parecer técnico que instruiu a inicial.

Nesse contexto, para o deslinde da presente controvérsia, como pretendem os recorrentes, seria necessário levar em conta parecer técnico, elaborado de forma unilateral, pelo perito da parte – como no caso *sub judice* –, ou, em outras hipóteses trazidas à colação, com base em perícia judicial, em sentido contrário ao que restou decidido, pela Corte Maior, em regime de repercussão geral.

A corroborar tal posição, o próprio STF, em relação à mesma questão 22 do certame ora em análise, já aplicou a compreensão firmada por aquela Corte, no Tema 485, em regime de repercussão geral, ainda que monocraticamente, no julgamento do RE 975.980/PE, Relator Ministro *Roberto Barroso*, DJe de 22.06.2016 (*transitada em julgado em 28.09.2016*), e do AgRg no RE 904.737/RS, Relator Ministro *Roberto Barroso*, DJe de 21.09.2016 (*transitada em julgado em 26.11.2016*).

Como se colhe da decisão do Ministro *Roberto Barroso*, no RE 975.980/PE, interposto pela União, contra acórdão do TRF/5ª Região – que não exercera o juízo de retratação, diante do julgado do STF, em regime de repercussão geral, mantendo a anulação das questões 2 e 22 da prova do concurso público ora em discussão, uma, por não possuir alternativa correta, e outra, por possuir mais de uma solução possível –, deu-se provimento ao Extraordinário da União, porque, “no caso dos autos, o Tribunal *a quo* não se limitou a controlar a pertinência do exame aplicado ao conteúdo discriminado no edital, uma vez que apreciou os critérios de avaliação e a própria correção técnica do gabarito oficial. Desse modo, houve ingerência indevida no mérito administrativo”, *in verbis*:

Decisão

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

Administrativo. Constitucional. Retorno dos autos da Vice-Presidência. Concurso público. Policial Rodoviário Federal. Nulidade de questões. RE 632.853/CE. Ilegalidade das questões. Manutenção do julgado. 1. Autos encaminhados a esta Relatoria pela Vice-Presidência desta Corte, sob o rito do art. 543-B, § 3º, do CPC, c/c o art. 223, § 2º, do Regimento Interno desta Corte Regional, para apreciação do acórdão recorrido, em face do posicionamento adotado pelo colendo STF nos autos do RE n. 632.853/CE, quanto ao controle jurisdicional do ato administrativo que avalia questões em concurso público. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 632.853-CE, com repercussão geral reconhecida, assentou a tese de que os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Judiciário, salvo ocorrência de ilegalidade e inconstitucionalidade. 3. No que pertine à questão n. 02 da Prova de Língua Portuguesa, consoante parecer ofertado por professora doutora na área, não há resposta correta dentre as assertivas constantes da questão. Ao analisar a questão, o egrégio STJ, firmou o entendimento de que a questão está eivada de vício de legalidade, estando passível, portanto, de controle de legalidade. Precedente: AgRg nos EDcl no AREsp 244.839/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 06.11.2014, DJe 11.11.2014. 4. No tocante à questão n. 22 da Prova de Raciocínio Lógico, comprovada a inconsistência do motivo eleito pela banca examinadora para não anular a questão, seja por sua inexistência, incorreta qualificação ou falsidade, faz-se imperiosa a invalidação do ato viciado, por meio do controle jurisdicional, por se tratar de questão de ilegalidade. 5. É lícito o controle efetuado pelo Poder Judiciário nos atos administrativos que avaliam questões de concurso, quando não há qualquer margem de discricionariedade da Administração, configurando, deste modo, um mero controle de legalidade, inexistindo qualquer interferência no mérito administrativo. 6. Acórdão que negou provimento à apelação e à remessa oficial e deu provimento à apelação da parte autora mantido, pois está em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 635.853/CE). Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELREEX 28.901-PE, em que são partes as acima mencionadas, acordam os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5ª Região, por unanimidade, em não exercer o juízo de retratação para manter o acórdão que negou provimento à apelação da União e à remessa oficial e julgar prejudicado o recurso adesivo do particular, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado.

O recurso busca fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 2º; 5º, *caput*; e 37, I e II, da Constituição. Sustenta, em síntese, que todos os candidatos se submeteram a aferição de conhecimentos previstos no edital do concurso e o recorrido busca um tratamento diferenciado, em afronta ao princípio constitucional da isonomia. *O recurso deve ser provido, uma vez que o acórdão recorrido não se alinha à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Na hipótese, o Tribunal de origem entendeu que as questões discutidas estavam eivadas de ilegalidade – uma por não possuir assertiva correta dentre as disponíveis, e a outra por possuir mais de uma solução possível –, e, por isso, estariam suscetíveis a invalidação por meio do controle jurisdicional. O Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 632.853-RG, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidiu que, em regra, não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas, salvo quanto ao **juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame**. Veja-se trecho do voto do relator:*

[...]

Tanto a sentença quanto o aresto recorrido reavaliaram as respostas apresentadas pelos candidatos para determinar quais seriam os itens corretos e falsos de acordo com a doutrina e a literatura técnica em enfermagem. Com base nessa literatura especializada, o acórdão recorrido infirmou o entendimento da banca e identificou mais de um item correto em determinadas questões do certame, extrapolando o controle de legalidade e constitucionalidade, para realizar análise doutrinária das respostas.

Em outras palavras, os juízos ordinários não se limitaram a controlar a pertinência do exame aplicado ao conteúdo discriminado no edital, mas foram além para apreciar os critérios de avaliação e a própria correção técnica do gabarito oficial.

Assim, houve indevido ingresso do Poder Judiciário na correção de provas de concurso público, em flagrante violação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

[...].

No caso dos autos, o Tribunal a quo não se limitou a controlar a pertinência do exame aplicado ao conteúdo discriminado no edital, uma vez que apreciou os critérios de avaliação e a própria correção técnica do gabarito oficial. Desse modo, houve ingerência indevida no mérito administrativo.

Diante do exposto, com base no art. 21, § 2º, do RI/STF, dou provimento ao recurso extraordinário (STF, RE 975.980/PE, Rel. Ministro Roberto Barroso, DJe de 23.06.2016).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, ainda que tratando de outro concurso, cita-se a Rcl 26.300/RS (Rel. Ministro *Ricardo Lewandowski*, DJe de 23.02.2017).

Com efeito, não pode o Poder Judiciário, munido de um parecer técnico – no caso, colhido unilateralmente pelos autores – sobrepor-se à conclusão da banca examinadora. É fazer valer peso maior aos critérios do *expert* da parte ou do Juízo, em detrimento dos da banca examinadora.

Discordo, respeitosamente, da posição adotada pelos Ministros *Diva Malerbi* e *Benedito Gonçalves*, no sentido de que o caso ora em julgamento, relativamente à questão 22 – que, segundo o parecer técnico que instruiu a inicial, não teria alternativa correta, ou, noutros precedentes, segundo pareceres unilaterais, colhidos pelo candidato, ou mesmo segundo perícia judicial, teria duas alternativas corretas (11 e 14) – “se enquadra na exceção prevista pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 632.853/CE, no qual se estabeleceu que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados em concurso público, salvo os casos em que for flagrante a ilegalidade ou a inconstitucionalidade”.

Em primeiro lugar, porque *a alegada ilegalidade não é flagrante*, tanto que, no presente caso – como em outros precedentes, trazidos à colação –, a solução da controvérsia demandou parecer técnico especializado, pelo que concluiu o acórdão recorrido que “as impugnações no aspecto técnico variam conforme os respectivos especialistas no tema (...) razão porque, nos termos da sentença, prestigia o entendimento da banca examinadora” (fl. 193e) e que “os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista, a ensejar sua anulação” (fl. 194e).

Em segundo lugar, porque, como se colhe das transcrições anteriormente feitas, o STF, no julgamento do RE 632.853/CE, sob o regime da repercussão geral, examinou exatamente hipótese em que o acórdão recorrido anulava questões de concurso público, ao fundamento de que admitiam elas mais de uma resposta como correta, concluindo por dar provimento ao Recurso Extraordinário, interposto pelo Estado do Ceará, em face da tese firmada no sentido de que “não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a eles atribuídas”, e que, “*excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no*

edital do certame”, hipótese na qual não se enquadra o fundamento da inicial, relativamente à questão 22, que não teria resposta correta, segundo o parecer técnico que a instruiu.

O presente Recurso Especial, protocolado em 04.12.2013 – antes, pois, do julgamento do RE 632.853/CE, pelo STF, sob o regime da repercussão geral, em 23.04.2015 –, apresenta como paradigmas, para demonstrar o dissídio, quanto à questão 22, uma decisão monocrática no REsp 1.340.359/CE, Relator o Ministro *Mauro Campbell Marques*, que negou provimento ao recurso da União, no mérito, mantendo acórdão do TRF/5ª Região, que anulava a questão 22, por duplicidade de respostas (11 e 14), conforme apurado em perícia judicial, e, embora a inicial a tal não faça referência, tal decisão monocrática acabou por ser mantida, pela Segunda Turma, que não conheceu do Agravo Regimental contra ela interposto, em face da Súmula 182/STJ, transitando em julgado em 05.04.2013; dois acórdãos do TRF/5ª Região, que anularam a questão 22, por duplicidade de resposta (DJe de 17.10.2013 e DJe de 30.07.2013) (fls. 222/231e).

A Relatora, em seu voto, aponta dissídio do acórdão recorrido com quatro decisões *monocráticas*, relativamente à questão 22: AgRg no REsp 1.379.226/RS (Rel. Ministro *Castro Meira*, DJe de 23.08.2013, trânsito em julgado em 09.09.2013); AgRg no REsp 1.487.419/PE (Rel. Ministro *Humberto Martins*, DJe de 21.05.2015, trânsito em julgado em 05.06.2015); REsp 1.491.156/CE (Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe de 20.03.2015, trânsito em julgado em 07.04.2015); AREsp 522.032/PE (Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, DJe de 03.11.2014, trânsito em julgado em 28.11.2014).

Entretanto, tanto os precedentes invocados, para demonstrar o dissídio, na inicial, quanto aqueles listados retro, mencionados pela Relatora, em seu voto, para concluir pela anulação da questão 22, são *anteriores ao julgamento da matéria, em regime de repercussão geral, pelo STF, em 23.04.2015*, exceto a decisão monocrática do Ministro *Humberto Martins*, no AgRg no REsp 1.487.419/PE, que foi proferida em 28.04.2015, transitando em julgado em 05.06.2015, sem, entretanto, a ela fazer referência, publicado que foi o acórdão da repercussão geral em 26.06.2015.

Com respeitosa vênua, entendo impossível prover o presente Recurso Especial, interposto pelos candidatos, para anular a questão 22, em face de uniformização de jurisprudência com precedentes do STJ *anteriores ao julgamento da matéria, sob o regime de repercussão geral, pelo STF*, e que, a meu

ver, adotaram entendimento conflitante com o fixado pela Corte Suprema, no aludido RE 632.853/CE.

Ante todo o exposto, renovando as vênias aos que pensam de modo contrário, entendo que a situação em apreço não discrepa do que restou decidido, em regime de repercussão geral, pelo STF, em 23.04.2015, motivo pelo qual acompanho a Relatora, a Ministra *Diva Malerbi*, para conhecer parcialmente do Recurso Especial, pela alínea **c** do permissivo constitucional, mas, nessa extensão, *dela divirjo*, para negar-lhe provimento.

É como voto.

VOTO-DESEMPATE

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Senhores Ministros, retomando o julgamento, posiciono-me, em desempate, acompanhando a segunda divergência inaugurada pela Ministra Assusete Magalhães.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por Gersino Durães Filho e Roberto Coelho de Matos, com fundamento nas alíneas “a” e “c”, do inciso III, do art. 105 da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TRF 1ª Região, assim ementado (e-STJ, fl. 191):

Administrativo e Processual Civil. Agravo retido não conhecido. Concurso público para o provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal. Impossibilidade de anulação de questões objetivas da prova porque os comandos dos quesitos não apresentam vícios configuradores de anulação.

I – Para que o agravo retido seja conhecido faz-se necessário o conhecimento da apelação e a reiteração do Recorrente nas razões ou contrarrazões do recurso, manifestando seu interesse de vê-lo examinado pelo Tribunal, consoante regra do art. 523 do Código de Processo Civil. Assim, não deve ser conhecido o agravo retido quando não há reiteração do pedido de seu exame.

II – Em matéria de concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se à verificação da observância dos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, tendo presente a discricionariedade da Administração Pública na fixação dos critérios e normas reguladoras do certame que deverão atender aos preceitos instituídos na Constituição Federal.

III – A anulação judicial de questão objetiva de concurso público só é possível em caráter excepcional, “quando o vício que a macula se manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente *primo ictu oculi*” (STJ - RMS 28.204/MG).

IV – Não merece prosperar a pretensão de anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva do concurso para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, objeto do edital n. 1/2009-DPRF na hipótese em que os quesitos demandam conhecimentos regulares do conteúdo explicitado no edital e que os comandos das questões não apresentam vícios evidentes e insofismáveis verificados à primeira vista a ensejar sua anulação. Precedentes do STJ.

V – Precedente em sentido contrário, do colendo TRF-5ª Região, que se abandona, por sujeito ao crivo da Corte Superior, consoante REsp 1.340.359/CE, em tramitação perante o egrégio STJ.

VI – Agravo retido da União não conhecido e recurso de apelação dos Autores a que se nega provimento.

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados (e-STJ, fls. 206/213).

Alegam os recorrentes, nas razões do especial, violação dos arts. 126, 165, 333, 458 e 535 do CPC, além de dissídio jurisprudencial.

Defendem a anulação das questões 22 e 23 da prova objetiva do concurso para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, regulado pelo edital n. 1/2009 do DPRF/MJ, ao argumento de que as questões padecem de vício de ilegalidade, porquanto não possuem elementos visíveis a sua solução, bem como encontram-se fora do conteúdo do referido edital.

Argumentam que a decisão hostilizada foi contraditória e omissa quanto à análise dos seguintes aspectos: (a) não teria apresentado motivos pelos quais privilegiou o entendimento externado pela banca examinadora; (b) ausência de pronúncia a respeito da questão n. 23 não fornecer as informações necessárias à sua solução; (c) contradição quando se asseverou que não foram juntados aos autos a cópia do conteúdo programático do certame; e (d) omissão acerca da alegação de cerceamento de defesa, uma vez que não teria sido oportunizada a realização de perícia técnica para aferição das apontadas ilegalidades nas questões do certame.

Aduzem que não houve fundamentação técnica ou jurídica na decisão do Tribunal de origem, que entendem ter privilegiado o entendimento da banca examinadora.

Sustentam vício de ilegalidade na valoração jurídica das provas colacionadas aos autos, tendo em vista que houve conclusão pela regularidade das questões do concurso, embora exista prova nos autos de que em uma delas não teriam sido fornecidos elementos suficientes para a solução e, na outra, haveria exigência de matéria não prevista no edital.

Apontam que o acórdão recorrido, ao não reconhecer a suposta ilegalidade cometida na questão de n. 22 da prova objetiva para provimento de cargos do DPRF/MJ, divergiu do entendimento dos acórdãos paradigmas proferidos por esta Corte Superior e pelo TRF 5ª Região.

Nesse sentido, pugnam seja provido o recurso para declarar a nulidade do acórdão recorrido e determinar que outra decisão seja proferida, enfrentando-se todas as questões suscitadas nos aclaratórios ou, ainda, seja julgado procedente o pedido constante da peça vestibular.

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ, fls. 286/291.

O recurso foi admitido na origem (e-STJ, fls. 301/303).

A egrégia Segunda Turma desta Corte, em sessão de julgamento realizada em 16.6.2015, por unanimidade, em questão de ordem suscitada pelo e. Ministro Herman Benjamin e acolhida pelo e. Ministro-Relator Og Fernandes, decidiu remeter o feito à esta egrégia Primeira Seção, nos termos do art. 14, II, do RISTJ, dispensada a lavratura de acórdão (e-STJ, fl. 420).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Diva Malerbi - Desembargadora Convocada TRF 3ª Região (Relatora): Registro, de logo, que não merece prosperar a tese de violação do art. 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada, resolvendo todas as questões levantadas pelos agravantes. Nesse sentido, às e-STJ, fls. 190/198 e 206/213, a decisão hostilizada concluiu pela inexistência de qualquer vício nas questões do certame objeto de impugnação.

Sendo assim, não há que se falar em omissão do aresto. O fato de o Tribunal *a quo* haver decidido a lide de forma contrária à defendida pelos recorrentes, elegendo fundamentos diversos daqueles por eles propostos, não configura omissão ou qualquer outra causa passível de exame mediante a oposição de embargos de declaração.

No aspecto:

Embargos de declaração. Alegada violação do artigo 535 do CPC. Contradição externa. Impossibilidade.

1. Os aclaratórios são cabíveis somente para sanar omissão, obscuridade, contradição ou, ainda, para a correção de eventual erro material, o que não ocorreu.

2. A questão trazida à esta Corte por meio do recurso especial foi dirimida de forma clara e em acórdão fundamentado na orientação do STJ firmada quando a Primeira Seção apreciou, sob o rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, o REsp 1.110.578/SP.

[...]

5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 140.337/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1º.7.2013)

Processual Civil e Administrativo. Recurso especial. Ação de indenização por desapropriação indireta. Criação da Estação Ecológica do Chauás. Inexistência de violação dos arts. 458 e 535 do CPC. Eficácia do registro imobiliário. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Aspectos relacionados à exata localização do imóvel e à alegada ofensa à coisa julgada. Necessidade do reexame de provas. Súmula 7/STJ.

1. Não ocorre ofensa aos arts. 458 e 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Não se admite recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. Súmula 211/STJ.

3. A conclusão adotada pelas instâncias ordinárias, de que o imóvel dos autores não foi atingido pela criação da Estação Ecológica do Chauás, resultou da análise de uma complexa prova pericial, cujo reexame é vedado na via do recurso especial, consoante o disposto na Súmula 7/STJ.

4. O mesmo óbice impede a aferição da alegada ofensa à coisa julgada formada em anterior ação discriminatória, na medida em que as instâncias de origem não delimitam os exatos termos do referido título.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1.203.035/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11.6.2013, DJe 19.6.2013)

Administrativo e Processual Civil. Concurso público. Exame admissional. Inaptidão física. Exclusão. Proporcionalidade e razoabilidade. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão e contradição. Inexistência. Fundamento do julgado regional

inatacado. Súmula 283. Fundamento constitucional. Recurso extraordinário. Ausência de interposição. Incidência da Súmula 126/STJ

1. Verifica-se não ter sido demonstrada ofensa ao artigo 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. Aplica-se a Súmula 283/STF, quando o recurso especial não impugna fundamento suficiente, por si só, para manter o acórdão recorrido.

3. O Tribunal de origem, ao decidir a controvérsia relativa à inaptidão do candidato, amparou-se em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer um deles apto a manter inalterado o acórdão recorrido. Portanto, a ausência de interposição de recurso extraordinário atrai a incidência da Súmula 126/STJ (“É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.”).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 28.318/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 6.6.2013, DJe 12.6.2013)

Passo à análise do mérito.

Saliento, desde já, que não desconheço o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria em apreço, conforme recente decisão prolatada no RE 632.853/CE, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, publicada em 29.6.2015, julgada sob o regime de repercussão geral, na qual ficou consignado que os critérios adotados por banca examinadora de concurso público não podem ser revistos pelo Poder Judiciário.

No caso, estabeleceu-se que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo os casos em que for flagrante a ilegalidade ou a inconstitucionalidade. Tal teratologia poderia ser constatada, por exemplo, quando a prova exigir conhecimentos que não se encontram previstos no edital, mas não para aferir a correção dos critérios da banca examinadora.

Encontra-se pacificada também nesta Corte de Justiça a orientação de que só é possível ao Poder Judiciário anular questões de concurso quando não abordam o conteúdo disposto no edital ou quando eivadas de flagrante ilegalidade.

Nesse sentido:

Administrativo e Processual Civil. Agravo regimental em recurso especial. Mandado de segurança. Concurso público. Não ocorrência de violação ao art. 535, II do CPC. A análise da possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário de questão de concurso público em discordância com o conteúdo programático do edital se relaciona com o controle de legalidade e da vinculação ao edital. Litisconsórcio passivo necessário. Inexistência. Agravo regimental do Estado do Piauí desprovido.

1. O acórdão recorrido é expresso ao afirmar que não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios de formulação e correção das provas, em respeito ao princípio da separação de poderes, tendo ressalvado os casos de flagrante ilegalidade de questão objetiva de concurso público e ausência de observância às regras do edital, em que se admite a anulação de questões por aquele Poder, como forma de controle da legalidade. Dessa forma, não há que se falar em omissão do julgado.

2. A análise pelo Poder Judiciário da adequação de questão objetiva em concurso público ao conteúdo programático previsto no edital não se relaciona com o controle do mérito do ato administrativo mas com o controle da legalidade e da vinculação ao edital.

3. É firme o entendimento desta Corte de que é dispensável a formação de litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos aprovados em concurso público, uma vez que possuem apenas expectativa de direito à nomeação.

4. Agravo Regimental do Estado do Piauí desprovido.

(AgRg no REsp 1.294.869/PI, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 16.6.2014, DJe 4.8.2014)

Administrativo e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Cargo de Fiscal de Renda do Estado do Rio de Janeiro. A análise da possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário de questão de concurso público se relaciona com o controle de legalidade. Questão com possibilidade de duas respostas corretas. Recurso ordinário provido.

1. Não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios de formulação e correção das provas, em respeito ao princípio da separação de poderes, tendo ressalvado os casos de flagrante ilegalidade de questão objetiva de concurso público e ausência de observância às regras do edital, em que se admite a anulação de questões por aquele Poder, como forma de controle da legalidade.

2. A análise pelo Poder Judiciário da adequação de questão objetiva em concurso público não se relaciona com o controle do mérito do ato administrativo mas com o controle da legalidade e a incapacidade ou a impossibilidade de se aceitar que, em uma prova objetiva, figurem duas questões que são, ao mesmo tempo corretas, ou que seriam, ao mesmo tempo, erradas.

3. Recurso Ordinário provido para anular a Questão n. 90, atribuindo a pontuação que lhe corresponde, qualquer que seja, a todos os competidores,

nesse certame, independentemente de virem a ser aprovados ou não e de virem a obter classificação melhor.

(RMS 39.635/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 5.6.2014, DJe 15.10.2014)

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público para a magistratura. Princípio da vinculação ao edital. Direito Autoral. Matéria relacionada aos direitos da personalidade e da propriedade, ambos consagrados no Direito Civil. Segurança denegada.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que o exame dos atos da banca examinadora e das normas do edital de concurso público pelo Judiciário restringe-se aos aspectos da legalidade e da vinculação ao edital (Precedentes).

2. Embora regulados em legislação específica (Lei n. 9.610/1998), os direitos autorais decorrem, em seus aspectos moral e patrimonial, respectivamente, dos direitos da personalidade e da propriedade, ambos consagrados no Direito Civil.

3. Se o edital prevê expressamente conhecimentos acerca dos direitos da personalidade e da propriedade, é possível ao examinador formular questões relacionadas a direito autoral.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido.

(RMS 43.139/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.9.2013, DJe 24.9.2013)

Na espécie, verifica-se que o Tribunal *a quo*, mediante a análise de provas, entendeu não estar presente nenhuma das hipóteses que autorizam o controle jurisdicional de questões de concurso público, uma vez que não ficaram comprovados os vícios apontados pelos insurgentes.

No que pertine à questão n. 22, o Tribunal de origem, fundamentado em pareceres técnicos produzidos especificamente para a hipótese em apreço, entendeu não estar configurada a ilegalidade apontada, na medida em que seria possível indicar uma única resposta como sendo a correta. Não haveria, pois, dubiedade de respostas, conforme se extrai do seguinte excerto (e-STJ, fls. 192/194):

6. In casu, a questão de n. 22 do caderno de prova objetiva que os Recorrentes querem ver anulada por alegada falta de alternativa dentre as opções apresentadas pela banca examinadora trata de "álgebra básica (Teoria dos Conjuntos)", devidamente inscrita no conteúdo programático e que tem a seguinte redação (fl. 22):

7. A respeito dessa questão, o parecer da banca examinadora noticiado à fl. 73 arguiu que ela possui alternativa correta indicada na letra “B”, ao tempo em que registrou o seguinte resultado:

[...]

9. Ademais, na AP 0004370-15.2010.4.01.3813/MG, também em curso no meu gabinete, incluído, coincidentemente, na pauta de hoje, sobre a mesma questão 22 da prova guerreada, há dois pareceres técnicos, ainda que produzido unilateralmente pelo(s) candidato(s) autor(es), fls. 37 a 43 daqueles autos, dois especialistas concluem inexistir opção de resposta correta, pois o resultado seria 11, enquanto que no precedente da 5ª Região, a perícia judicial concluiu por haver duas opções que podem ser consideradas corretas, 14 (prevista nas opções) e 11 (não prevista nas opções) (fls. 110). Assim, apesar de não poder utilizar a prova emprestada da AP 0004370-15.2010.4.01.3813/MG, por não dada vista às partes, junto cópia ao voto, para tão somente demonstrar que as impugnações no aspecto técnico variam conforme os respectivos especialistas no tema. Razão porque, nos termos da sentença, prestígio o entendimento da banca examinadora.

Afastar tal constatação feita pela Corte *a quo*, ensejaria, em tese, nítida incidência da Súmula 7/STJ, pois envolveria reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

A esse respeito, esta Casa de Justiça já decidiu:

Processual Civil. Concurso público. Violação ao art. 535 do CPC. Inovação recursal. Anulação de questão pela banca examinadora. Não comprovação. Reexame fático-probatório. Súmula 7/STJ.

1. A alegada violação ao art. 535 do CPC, sob a fundamentação de que o Tribunal a quo teria sido omissivo, não merece acolhida. É que tal argumentação não foi expressa nas razões do especial, representando inovação recursal, vedada no âmbito do agravo regimental.

2. O Tribunal a quo, ao analisar o documento juntado pelo ora agravante, decidiu que seu conteúdo não comprova de maneira satisfatória, que a Banca Examinadora efetivamente anulou a questão n. 4 da prova dissertativa do certame em discussão. Ora, para concluir em sentido contrário - de que o documento apresentado comprova que a banca examinadora do concurso efetivamente anulou a questão n. 4 -, seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial.

Incidência da Súmula 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 307.992/MT, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7.5.2013, DJe 13.5.2013)

Contudo, a situação caracterizada nos autos merece uma análise e solução diferenciadas, em razão das peculiaridades do caso concreto, mormente quando se constata que há decisões advindas de outros Tribunais Regionais – em face de questionamentos provenientes do mesmo concurso público realizado em caráter nacional (Edital n. 1/2009 do DPRF/MJ) –, em especial do TRF 5ª Região, que, mediante a análise de provas carreadas aos autos, concluíram pela ilegalidade evidente, ante a existência de duplicidade de respostas para a solução da questão n. 22.

No ponto:

[...] quando se trata de prova objetiva em que não há qualquer critério de subjetividade, é possível ao Judiciário apreciar o acerto da alternativa atribuída como correta pela banca examinadora, sendo imprescindível, neste caso, que o equívoco da proposição apontada como a única verdadeira mostre-se de todo evidenciado e, por conseguinte, perceptível *prima facie*. Sobre a Questão 22, referente à Prova de Raciocínio Lógico, a Segunda Turma deste Tribunal já teve a oportunidade de se manifestar nos autos do Processo n. 2009.81.00.015667-9 (AC 510.242-CE), de relatoria do Exmo. Sr. Desembargador Federal Francisco Barros Dias, que, com base em Laudo Pericial do Juízo, anulou a referida questão. Para reforçar a incorreção da questão, o próprio Doutrinador, cuja obra literária serviu de base para fundamentar o parecer revisional da Banca Examinadora, atestou que a questão não possui resposta certa (TRF 5ª Região, AR 6.867/AL, Pleno, Rel. Des. Federal Vladimir Carvalho Federal, DJE 15.08.2012) [...].

Na mesma linha, não se pode olvidar da existência de precedentes desta Corte de Justiça em que se analisou a questão n. 22 do mesmo concurso público de que ora se cuida, chegando-se à conclusão de que referida questão deveria ser anulada.

Assim foi feito no REsp 1.340.359/CE, Relator o Ministro Mauro Campbell, cuja decisão foi proferida em 17.12.2012, confirmando-se o acórdão proferido pelo TRF da 5ª Região, que havia entendido haver dubiedade de respostas para a questão.

Na mesma toada, no AgRg no AREsp 455.408/RN, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves, foi confirmado o entendimento do Tribunal de origem, o qual atestou que havia a duplicidade de respostas na questão referida.

Já no REsp 1.487.419/PE, o relator Ministro Humberto Martins, examinando a sentença proferida no caso concreto, que decidiu pela anulação da questão n. 22, entendeu que esta deveria prevalecer, dando provimento ao

recurso especial para reformar o acórdão, segundo o qual não caberia ao Poder Judiciário o exame dos critérios de formulação de questões e de correção de provas.

Seguindo a aludida orientação, houve também anulação da questão em tela nos REsp 1.379.226/RS, relator Ministro Castro Meira, e REsp 1.491.156/SE, relator Ministro Benedito Gonçalves.

Diante disso, e considerando a competência do STJ de corte uniformizadora da jurisprudência federal, bem como verificada a similitude fática dos julgados, pertinente a conformação desta decisão com os referidos precedentes, com o fim de se evitar decisões conflitantes e prestigiar a segurança jurídica, deve ser anulada, na hipótese, a questão n. 22 do concurso em tela.

De outro lado, não prospera a irresignação no que tange à questão de n. 23, a qual, segundo os recorrentes, não constaria do rol de matérias constantes do edital. Nesse ponto, o Tribunal local assim decidiu:

10. No tocante a questão 23 do caderno de prova, cuja anulação também é pretendida, têm-se o seguinte questionamento (fl. 22):

[...]

11. Sobre essa questão, os Recorrentes argumentam que não foram fornecidas as informações necessárias para sua solução e que ela estaria além do conteúdo programático previsto no edital. Todavia, verifico que os Autores sequer juntaram cópia do programa à inicial para amparar a tese defendida. No entanto, em consulta à rede mundial de computadores no endereço eletrônico: http://pub.funriocursos.org.br/publicacoes/PRF/Edital_01_PRF.pdf, observo que a questão insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.08.2009, in verbis: [...]

Verifica-se que o Tribunal federal afirmou que a referida questão n. 23 insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.8.2009. Assim, concluir de forma diversa quanto à ilegalidade da questão em apreço, esbarraria no óbice imposto pela Súmula 7 do STJ, pois envolveria necessariamente análise do conteúdo fático-probatório dos autos.

Não havendo nos autos elementos suficientes para identificar se o proveito obtido com a anulação da questão 22 será suficiente para garantir a participação dos candidatos nas demais etapas do concurso e, tampouco, para aferir sobre a

imediate nomeação no cargo, retornem os autos ao Tribunal de origem para que se verifique tal circunstância.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe parcial provimento para declarar nula a questão n. 22 do certame em apreço. Determino, em consequência, o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que analise a suficiência de tal anulação para a continuidade, ou não, dos ora recorrentes no concurso em tela.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região): Trata-se de recurso especial interposto por Gersino Durães Filho e Roberto Coelho de Matos, com fundamento nas alíneas “a” e “c”, do inciso III, do art. 105 da CF/1988, contra acórdão proferido pelo TRF 1ª Região.

Versa o recurso sobre a anulação das questões objetivas n. 22 e 23 da prova de raciocínio lógico aplicada no concurso público para provimento do cargo de Policial Rodoviário Federal, edital n. 1/2009.

O feito foi levado a julgamento, em 16.6.2015, perante a 2ª Turma desta Corte de Justiça que, por unanimidade, em questão de ordem suscitada pelo Sr. Ministro Herman Benjamin e acolhida pelo Sr. Ministro-Relator, decidiu remeter o feito à Primeira Seção, nos termos do art. 14, II, do RISTJ.

Submetido o recurso à apreciação da 1ª Seção, em 13 de abril último, após a sustentação oral da parte recorrente, proferi voto no sentido do conhecimento parcial do recurso especial para, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento, declarando nula a questão n. 22 do certame em apreço.

Citando precedentes que se aplicariam ao caso em testilha, por se referirem a questão idêntica a dos autos, o eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho manifestou-se no sentido da anulação também da questão de n. 23 do concurso em tela. Em seguida, pedi vista regimental dos autos a fim de analisar detalhadamente os julgados referidos.

Inicialmente, no intuito de sanar eventuais dúvidas quanto à admissibilidade recursal, destaco que os recorrentes interpuseram o presente recurso especial com base no seguinte fundamento: violação ao art. 535 do CPC/1973, evidenciando quais pontos consideravam omissos pelo Tribunal federal (e-fl. 219), além

de indicar divergência jurisprudencial quanto a esse aspecto, procedendo ao confronto analítico ente os acórdãos impugnado e paradigma.

Nesse particular, entendo que não prospera a tese de violação do art. 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada, resolvendo todas as questões levantadas pelos interessados. No mesmo sentido, às e-STJ, fls. 190/198 e 206/213, a decisão hostilizada concluiu pela inexistência de qualquer vício nas questões do certame objeto de impugnação.

Quanto ao mérito, os insurgentes apontam a ocorrência de violação aos arts. 126, 165 e 458 do CPC/1973, sob a alegação de que, quando o Tribunal local, sem a devida fundamentação técnica ou jurídica, entendeu por privilegiar o entendimento da banca examinadora, preteriu, sobremaneira, a garantia ao provimento jurisdicional motivado.

Indicam, ainda, violação ao disposto no art. 333 do CPC/1973, eis que, em manifesto vício na valoração jurídica das provas colacionadas aos autos, a Corte de origem concluiu pela regularidade das questões impugnadas na peça de ingresso, muito embora haver prova nos autos de que, em uma delas, o enunciado não fornecia elementos suficientes à solução, e em outra, tinha como escopo matéria não prevista no edital, ferindo, visceralmente, o princípio de legalidade (e-fls. 221/222).

Com base nos mesmos dispositivos, sustenta a divergência jurisprudencial, justificando a interposição do recurso também pela alínea “c” do permissivo constitucional.

Análise relativa à questão n. 22:

No que tange à questão n. 22 encontra-se configurado o dissídio jurisprudencial, apto a viabilizar o conhecimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional, na medida em que existem precedentes desta Corte de Justiça e de outros Tribunais Regionais Federais que julgaram a mesma questão e chegaram a soluções diferentes da apresentada no acórdão recorrido.

Ressalte-se, no que pertine à interposição do recurso pela alínea “c” do art. 105, III, da CF/1988, que esta Corte de Justiça vem entendendo pela possibilidade de flexibilizar as exigências de natureza formal do recurso nos casos em que seja notória a divergência, conforme se verifica dos seguintes precedentes:

Agravo regimental. Recurso especial. Divergência jurisprudencial notória. Ação de busca e apreensão. Notificação. Cartório de títulos e documentos de Comarca diversa da do domicílio do devedor. Possibilidade.

1. *A existência de divergência jurisprudencial notória autoriza a mitigação dos requisitos formais de admissibilidade para o conhecimento do recurso especial fundado na alínea "c" do permissivo constitucional.*

2. É válida a notificação expedida por cartório de títulos e documentos situado em comarca diferente da do domicílio do devedor (Recurso Especial repetitivo n. 1.184.570/MG).

3. Agravo regimental provido para se conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.

(AgRg no REsp 1.521.106/SC, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, julgado em 08.03.2016, DJe 14.03.2016)

Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Omissão. Existência. Dissídio notório. Concurso público. Exame psicotécnico. Anulação por decisão judicial. Submissão a novo exame.

1. A teor do art. 535, incs. I e II, do Código de Processo Civil os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existente no julgado.

2. Com efeito, o aresto embargado foi omisso quanto à existência de dissídio notório entre o acórdão de origem e a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal, no sentido de que, reconhecida a existência de vícios na realização do exame psicotécnico, deve o candidato submeter-se a novo exame, desta feita pautado por critérios constitucionais e legais.

3. *Esta Corte autoriza, excepcionalmente, nos casos de divergência jurisprudencial notória, a mitigação dos requisitos exigidos para a interposição do recurso especial com base na alínea "c" do permissivo constitucional.*

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial, de modo a submeter o candidato a novo exame, desta feita pautado por critérios constitucionais e legais.

(EDcl no AgRg no REsp 1.330.229/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17.12.2013, DJe 03.02.2014)

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso especial parcialmente provido. Violação à lei. Dissídio notório. Demonstração. Requisitos. Mitigação. Artigo 526, parágrafo único, do CPC. Inaplicabilidade. Capitalização anual de juros. Comissão de permanência. Não provimento.

1. Não há que se falar em ausência de demonstração de violação à lei se os argumentos lançados no recurso especial são suficientes para depreender pela sua contrariedade.

2. *Tratando-se de dissídio notório com a jurisprudência firmada no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, mitiga-se os requisitos de admissibilidade para o conhecimento do recurso especial pela divergência. [...]*

6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1.081.835/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 14.5.2013.)

Não é outra a situação dos autos.

Com efeito, na hipótese em apreço, o TRF da 1ª Região externou o seguinte entendimento em relação à nulidade da questão n. 22 do concurso público aludido (e-fls. 192/193):

6. *In casu, a questão de n. 22 do caderno de prova objetiva que os Recorrentes querem ver anulada por alegada falta de alternativa dentre as opções apresentadas pela banca examinadora trata de "álgebra básica (Teoria dos Conjuntos)", devidamente inscrita no conteúdo programático e que tem a seguinte redação (fl. 22):*

Questão 22

Os motoristas que cometeram as infrações A, B e C foram contabilizados em sete conjuntos: X1, X2, X3, X4, X5, X6, e X7. Os conjuntos X1, X2 e X3 são compostos pelos motoristas que cometeram, respectivamente, a infração A, B e C, 'os conjuntos X4, X5 e X6 são formados pelos que cometeram, respectivamente, as infrações A e B, A e C, E B e C. Finalmente, o conjunto X7 é composto pelos que cometeram as três infrações; seja N o número mínimo de motoristas que cometeram apenas uma infração. Sabendo que os números de motoristas desses sete conjuntos são todos diferentes e divisores de 30, o valor de N é:

- A) 6
- B) 14
- C) 22
- D) 18
- E) 10

7. *A respeito dessa questão, o parecer da banca examinadora noticiado à fl. 73 arguiu que ela possui alternativa correta indicada na letra "B", ao tempo em que registrou o seguinte resultado:*

Os divisores de 30 são: 1, 2, 3, 5, 6, 10, 15, 30.

ABC = 1 motorista

AB = 2 motoristas

AC = 3 motoristas

CB = 5 motoristas

A = 6 motoristas

B = 10 motoristas

C = 15 motoristas

Construindo o diagrama Venn, vê-se que 14 motoristas cometem apenas uma infração.

8. Quanto ao precedente, do colendo TRF-5ª Região, AC 510.242/CE (2009.81.00.015667-9), citado às fls. 108/111, pelos Apelantes, hoje REsp 1.340.359/CE em trâmite no egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme “espelho” que anexo ao voto, onde, por ora foi apenas provido o agravo para subida do recurso, como o mérito não foi examinado, prefiro ficar com os julgados anteriormente referidos na sentença.

9. Ademais, na AP 0004370-15.2010.4.01.3813/MG, também em curso no meu gabinete, incluído, coincidentemente, na pauta de hoje, sobre a mesma questão 22 da prova guerreada, há dois pareceres técnicos, ainda que produzido unilateralmente pelo(s) candidato(s) autor(es), fls. 37 a 43 daqueles autos, dois especialistas concluem inexistir opção de resposta correta, pois o resultado seria 11, enquanto que no precedente da 5ª Região, a perícia judicial concluiu por haver duas opções que podem ser consideradas corretas, 14 (prevista nas opções) e 11 (não prevista nas opções) (fls. 110). Assim, apesar de não poder utilizar a prova emprestada da AP 0004370-15.2010.4.01.3813/MG, por não dada vista às partes, junto cópia ao voto, para tão somente demonstrar que as impugnações no aspecto técnico variam conforme os respectivos especialistas no tema. Razão porque, nos termos da sentença, prestígio o entendimento da banca examinadora.

Nota-se, pois, que o Tribunal de origem, considerando que as impugnações, no aspecto técnico, variavam de acordo com os respectivos especialistas que analisavam a questão, entendeu ser de rigor observar o parecer elaborado pela banca examinadora, de forma a não anular a questão n. 22.

Tal compreensão, porém, é oposta à adotada nesta Corte de Justiça por ocasião do julgamento dos seguintes recursos: *AgRg no REsp 1.379.226/RS*, Relator o Ministro Castro Meira, DJe de 20.8.2013; *AgRg no REsp 1.487.419/PE*, relator o Ministro Humberto Martins, DJe de 15.5.2014; *REsp 1.491.156/SE*, Relator o Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 20.3.2015; e *AREsp 522.032/PE*, Relator o Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 3.11.2014.

Em todas essas hipóteses os relatores reformaram o acórdão regional para, considerando a *ilegalidade flagrante* da questão n. 22, dar provimento ao recurso especial para anular a questão n. 22.

Para maior esclarecimento, confira-se trecho da decisão proferida pelo Em. Ministro Castro Meira, no AgRg no REsp 1.379.226/RS, o qual, conhecendo do recurso especial pela divergência jurisprudencial, a despeito de formalismos processuais, reconheceu a ilegalidade da questão n. 22 aludida:

São relevantes as alegações trazidas no regimental, especialmente a notoriedade do dissídio jurisprudencial, razão pela qual, com base no art. 259 do RISTJ, reconsidero a decisão agravada para novo exame da questão controvertida.

O Superior Tribunal de Justiça “tem entendido que havendo divergência notória entre os arestos confrontados, dispensam-se as formalidades legais, tais como a omissão do dispositivo legal objeto da divergência” (AgRg no AREsp 319.101/SE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24.5.2013). É o caso dos autos.

Isso estabelecido, passo ao mérito da controvérsia.

O recorrente apresentou ação ordinária com vistas à declaração de nulidade de questão de concurso público para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região manteve a sentença para negar provimento ao agravo em apelação cível, sob o entendimento de que cabe ao Poder Judiciário somente examinar a legalidade das normas instituídas no edital, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões e de correção de provas. Segue a ementa do julgado: (...)

Todavia, esta Corte firmou a compreensão de que, em situações excepcionais, com vício evidente, é possível a anulação pelo Judiciário para corrigir ofensa ao princípio da legalidade, conforme precedentes abaixo (...).

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em vários precedentes, julgando a mesma questão 22 do Concurso Público para Policial Rodoviário Federal regido pelo Edital n. 1/2009, verificou a hipótese excepcional de vício flagrante e anulou a referida questão, conforme trechos de um dos julgados (...).

Assim, verificado desrespeito ao princípio da legalidade e às regras do edital do certame, como no presente caso, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, examinar matéria relativa à questão do concurso público.

Ante o exposto, reconsidero a decisão de e-STJ fls. 1.225-1.227, para dar provimento ao recurso especial e julgar procedente a ação ordinária, fixando os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00.

Na mesma toada, no AgRg no Recurso Especial 1.487.419/PE, o relator, eminente Ministro Humberto Martins, reconhecendo que a divergência

jurisprudencial, quando notória, dá azo ao conhecimento do recurso, prescindindo de formalismos processuais, analisou no mérito a controvérsia, concluindo pela ilegalidade da questão n. 22 do certame em apreço.

Confira-se o inteiro teor do julgado referido:

Vistos.

Cuida-se de agravo regimental interposto por *Luciano de Albuquerque Leal* contra decisão singular desta relatoria assim ementada (fl. 1.468, e-STJ):

Processual Civil. Recurso especial fundamentado na alínea “c”. Não indicação do dispositivo legal ao qual foi dada interpretação divergente. Fundamentação deficiente. Recurso especial não conhecido.

O acórdão de origem, em relação ao qual houve interposição de recurso especial, traz esta ementa (fl. 1.109, e-STJ):

Processual Civil e Administrativo. Concurso público. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência. Anulação de questões objetivas. Impossibilidade.

1. Hipótese em que o autor, ora apelado, pretende ver reconhecido o direito à anulação de duas questões da prova objetiva do concurso público para provimento de cargo de Policial Rodoviário Federal, ao fundamento de que nenhuma alternativa dela constante correspondia à resposta correta (questão n. 22) e que envolveria matéria não prevista explícita ou implicitamente no programa do certame (questão n. 29);

2. O pedido é juridicamente impossível quando encontra vedação no ordenamento jurídico, o que não é a hipótese dos autos. Não é vedado ao candidato que se submete a concurso público requerer a revisão judicial da prova a que se submeteu. Se ele faz jus ao que pede, é questão distinta, de mérito, que não se confunde com a condição da ação reputada ausente;

3. É defeso ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito de correção de prova, substituindo a banca examinadora nas funções que lhe são próprias, estando sua atuação adstrita à análise da legalidade do certame;

4. A opinião de profissionais estranhos à banca examinadora (em que se fundamenta a exordial), não pode ser sobreposta ao entendimento dessa última, que se manifestou pela inexistência de nulidade na questão, quando da apreciação dos recursos administrativos interpostos;

5. Também no que respeita à interpretação do Edital, no aspecto em que cuida da amplitude dos temas elencados no programa, há que se respeitar a autonomia da banca, daí que a intervenção do Judiciário somente se legitima nos casos de erros grosseiros;

6. Apelação e remessa oficial providas. Agravo retido prejudicado.

No agravo regimental, o ora agravante pede que, em juízo de reconsideração, seja provido o recurso especial pela divergência, pois esta, quando notória, prescinde de formalismos processuais.

Reitera a suposta divergência jurisprudencial com arestos do STF, do STJ e de outros tribunais regionais, a qual, uma vez solucionada, restabelecerá a sentença de primeiro grau que reconheceu a ilegalidade das questões objetivas (em particular, as de número 22 e 29), atribuindo a pontuação correlata ao candidato e garantindo-lhe a reserva de vaga no concurso da Polícia Rodoviária Federal do ano de 2009.

Alega que o reconhecimento da ilegalidade de tais questões fará, por conseguinte, com que o candidato tenha direito à reserva de vaga tão logo as nomeações atinjam a nova colocação do recorrente.

É, no essencial, o relatório.

Assiste razão ao agravante.

*Observa-se da sentença de primeiro grau, reformada quando o Tribunal de origem julgou a apelação da União, que a questão n. 22 da prova do concurso apresentava mais de uma alternativa correta, ao passo que a questão n. 29 versava sobre matéria não prevista no edital, *verbis*:*

Com os dados fornecidos, a questão n. 22 em comento comportaria mais de uma solução, sendo que uma delas se encontra prevista dentre as assertivas disponibilizadas (N=14), e a outra solução (N=11), não (fls. 64/66).

A insuficiência no fornecimento de dados para a resolução confunde os candidatos, revelando circunstância apta a ensejar a anulação do quesito.

(...).

O parecer elaborado pelo Professor Ricardo E. De Souza, Sub-Chefe do Departamento de Física da UFPE, curso de reconhecida excelência no ensino da Física no Brasil, afirma que a matéria abordada na questão n. 29 envolve os conceitos de momento de uma força ou torque de uma força, os quais não estão previstos explícita ou implicitamente dentre as matérias do programa do certame (fl. 87), ficando evidente, assim, a nulidade da questão por afrontas as disposições do certame (fls. 1.048 e 1.051, e-STJ).

Assim, diante do parecer do expert, o magistrado de primeira instância, após esclarecer a possibilidade de ingerência do Judiciário para examinar as questões cuja impugnação esteja fundada na ilegalidade da avaliação, reconheceu, adequadamente, a nulidade das questões impugnadas, julgando procedente, quanto ao ponto, o pedido autoral.

Equivocou-se, logo, o Tribunal regional quanto, reformando a sentença de piso, entendeu que cabe ao Poder Judiciário apenas examinar a legalidade das normas instituídas no edital, não lhe competindo o exame dos critérios de formulação de questões e de correção de provas.

Com efeito, nos termos da jurisprudência do STJ, é possível, excepcionalmente, a anulação judicial de questão objetiva de concurso público, quando o vício que a atinge é nítido e irrefutável, contaminando a legalidade do concurso e a vinculação ao edital, o que dá ensejo a que o Judiciário exerça seu controle de modo pleno.

A propósito, confirmam-se: (...)

Como não há elementos suficientes para identificar se o proveito obtido com a anulação das questões 22 e 29 seria suficiente para garantir a participação do candidato nas demais etapas do concurso e, tampouco, sua imediata nomeação no cargo, retornem os autos ao Tribunal de origem para que, aferindo tal circunstância, proceda ao juízo de mérito sobre o ponto.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para, em juízo de retratação, dar parcial provimento ao recurso especial do candidato, restabelecendo a sentença de primeiro grau quanto à possibilidade de anulação das questões 22 e 29 do certame. Retornem os autos ao Tribunal de origem para juízo de mérito sobre a suficiência de tal anulação para a continuidade, ou não, do candidato no concurso.

Publique-se. Intimem-se.

Em idêntico sentido, diga-se, decidindo pela ilegalidade da questão n. 22 do concurso da Polícia Rodoviária Federal, edital n. 1/2009, de forma a anulá-la, as duas decisões proferidas pelo Ministro Benedito Gonçalves no REsp 1.491.156/SE e no AREsp 522.032/PE.

Destarte, reconhecida a similitude-fática entre os casos assinalados, deve ser adotada, na presente hipótese, a mesma compreensão externada nos citados precedentes.

Mister ressaltar que o caso em comento se enquadra na exceção prevista pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, em regime de repercussão geral, o RE n. 632.853/CE, no qual se estabeleceu que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados em concurso público, *salvo os casos em que for flagrante a ilegalidade ou a inconstitucionalidade.*

Outro não é o entendimento há muito externado nesse Superior Tribunal de Justiça, o qual reconhece, excepcionalmente, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nos critérios de formulação e correção de avaliações de concurso público, nas situações em que se constate flagrante ilegalidade ou inobservância das regras do edital.

É o que se verifica dos recentes e numerosos precedentes, senão vejamos:

Administrativo. Processual Civil. Agravo em recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Prova subjetiva. Questão. Falta. Correspondência.

Conteúdo programático. Edital. Pretensão. Anulação. Rejeição. Verificação. Abrangência. Matéria. Inviabilidade. Revisão. Critérios. Avaliação. Banca examinadora.

1. *A jurisprudência desta Corte Superior não autoriza corriqueiramente a interferência do Poder Judiciário nos critérios de formulação e correção de avaliações de concurso público, a não ser em casos de ilegalidade flagrante e inobservância do edital que, no entanto, não são a situação da casuística.*

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 49.499/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17.03.2016, DJe 22.03.2016)

Processual Civil. Administrativo. Princípio da vinculação da Administração Pública ao edital do concurso. Enunciado de questão que veicula conteúdo não previsto. Atuação jurisdicional limitada à verificação de ilegalidade que, *in casu*, faz-se presente. Precedentes.

1. *Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, bem como ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.*

2. Não há que se falar em revisão de questão de prova, a análise promovida pelo Tribunal cuidou de examinar, tão somente, se o objeto perquirido pela banca estava contido na lei regente do concurso público.

3. *In casu*, o Tribunal de origem, ao analisar as questões objetivas impugnadas, entendeu ter havido ilegalidade na sua elaboração. De modo que, para realizar nova observação sobre a efetiva violação do edital, será imperioso o reexame do acervo fático-probatório.

Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 778.597/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10.11.2015, DJe 19.11.2015)

Administrativo. Agravo regimental no recurso ordinário. Concurso público. Arredondamento de nota. Ausência de direito líquido e certo.

1. *Esta Corte Superior assentou o entendimento de que a análise do Poder Judiciário, em matéria de concurso público, restringe-se ao exame da legalidade e vinculação às disposições editalícias, não podendo reexaminar critérios usados pelo examinador na formulação de questões, correção e atribuição das notas em provas de concurso público, salvo flagrante ilegalidade.*

2. No que se refere à alegação de violação ao princípio da publicidade em razão da destruição dos envelopes contendo as notas individuais de cada candidato, após a divulgação destas pelo Secretário do concurso, o edital do

certame regulamentou o procedimento a ser observado para a divulgação dos resultados obtidos na Prova de Tribuna. Conforme jurisprudência desta Corte, o edital é a lei do concurso público e suas regras vinculam tanto a Administração quanto os candidatos.

3. O debate relativo à violação ao princípio da publicidade demanda dilação probatória, porquanto os elementos trazidos aos autos pelo demandante não fazem exsurgir de maneira evidente a efetiva ofensa ao mencionado princípio constitucional por ocasião da aplicação da Prova de Tribuna.

4. Concluir se o candidato enquadra-se em situação similar a de outros candidatos que obtiveram judicialmente o arredondamento de notas ou tiveram o mérito de suas provas discursivas revisto, logrando aprovação no concurso público, demandaria dilação probatória, tarefa inviável nesta sede.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RMS 25.849/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17.09.2015, DJe 08.10.2015)

Recurso especial. Concurso público para provimento do cargo de Delegado de Polícia do Estado de Minas Gerais. Possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário de questão objetiva maculada com vício de ilegalidade. Precedentes desta Corte Superior de Justiça. O Tribunal de origem, amparado no contexto fático e probatório dos autos, concluiu não haver ilegalidade na elaboração das questões objetivas. Agravo regimental desprovido.

1. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e correção das provas, tendo em vista que, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame (REsp 338.055/DF, Rel. Min. *José Arnaldo da Fonseca*, DJU 15.12.2003).

2. *Excepcionalmente, contudo, havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, bem como ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital.*

3. *In casu*, o Tribunal de origem, ao analisar as questões objetivas impugnadas, entendeu não ter havido ilegalidade na sua elaboração.

4. Da existência dos erros formais de digitação em algumas palavras não decorre necessariamente a nulidade das questões com a consequente atribuição dos pontos respectivos, uma vez que tais enganos de digitação são incapazes de dificultar a compreensão das questões, não tendo causado nenhum prejuízo ao candidato.

5. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.472.506/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 09.12.2014, DJe 19.12.2014)

Administrativo e Processual Civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Cargo de Fiscal de Renda do Estado do Rio de Janeiro. A análise da possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário de questão de concurso público se relaciona com o controle de legalidade. Questão com possibilidade de duas respostas corretas. Recurso ordinário provido.

1. Não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios de formulação e correção das provas, em respeito ao princípio da separação de poderes, tendo ressalvado os casos de flagrante ilegalidade de questão objetiva de concurso público e ausência de observância às regras do edital, em que se admite a anulação de questões por aquele Poder, como forma de controle da legalidade.

2. *A análise pelo Poder Judiciário da adequação de questão objetiva em concurso público não se relaciona com o controle do mérito do ato administrativo mas com o controle da legalidade e a incapacidade ou a impossibilidade de se aceitar que, em uma prova objetiva, figurem duas questões que são, ao mesmo tempo corretas, ou que seriam, ao mesmo tempo, erradas.*

3. Recurso Ordinário provido para anular a Questão n. 90, atribuindo a pontuação que lhe corresponde, qualquer que seja, a todos os competidores, nesse certame, independentemente de virem a ser aprovados ou não e de virem a obter classificação melhor.

(RMS 39.635/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 05.06.2014, DJe 15.10.2014)

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Prova prática. Direito líquido e certo não demonstrado. Critérios de avaliação estabelecidos objetivamente no edital. Reprovação justificada do candidato. Observância da legalidade e isonomia. Ordem denegada.

1. Discutem-se no *mandamus* atos do Ministro Presidente do STJ e do Diretor do Centro de Seleção e Promoção de Eventos - CESPE, consistentes na avaliação da prova prática para o cargo de Técnico Judiciário, especialidade Telecomunicações e Eletricidades, no concurso promovido pelo Superior Tribunal de Justiça e regulado pelo Edital n. 01, de 8 de fevereiro de 2012.

2. Não contraria o princípio da isonomia a realização de prova prática previamente disciplinada no edital do certame, por meio de critérios objetivos de avaliação e pontuação.

3. Na espécie, a reprovação do candidato foi devidamente justificada pela banca examinadora, em razão de não terem sido preenchidos satisfatoriamente os requisitos exigidos pelo edital.

4. *Salvo nos casos de flagrante ilegalidade ou de desatendimento das normas editalícias, é vedado ao Judiciário interferir nos critérios de correção de prova utilizados por banca examinadora de concurso público. Precedentes.*

5. As alegativas de que o impetrante não teve acesso às gravações da prova e de que os candidatos foram avaliados por examinadores diferentes, com graus de exigência distintos, não foram comprovadas pelo impetrante, sendo vedada a dilação probatória no bojo da ação mandamental.

6. Segurança denegada.

(MS 19.068/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 19.06.2013, DJe 01.07.2013)

Agravo regimental. Embargos de divergência. Violação do art. 535 do CPC. Ausência de similitude entre as teses confrontadas. Concurso público. Reexame de critérios utilizados pela banca examinadora. Inexistência de decisões conflitantes.

1.- A aferição da ocorrência ou não dos vícios elencados no artigo 535 do CPC depende da apreciação das premissas fáticas do caso concreto, o que impede a sua comparação com outros julgados.

2.- *Segundo a jurisprudência deste Tribunal, em matéria de concurso público, o Poder Judiciário deve limitar-se ao exame de legalidade das normas do edital e dos atos praticados pela comissão examinadora, não analisando a formulação das questões objetivas, salvo quando existir flagrante ilegalidade ou inobservância das regras do certame.*

3.- O precedente colacionado, ao invés de infirmar esse entendimento, o corrobora, na medida em que ressalta a excepcionalidade da intervenção judicial.

4.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg nos EAREsp 130.247/MS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 15.05.2013, DJe 29.05.2013)

Administrativo. Concurso público. Impugnação a questão objetiva. Violação do art. 535 do CPC. Não configuração. Homologação do resultado final do certame. Perda do objeto. Não ocorrência. Controle jurisdicional. Anulação de questão objetiva. Possibilidade na hipótese de vício evidente.

1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando os pontos relevantes e imprescindíveis à sua resolução.

2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a homologação do resultado final do concurso não conduz à perda do objeto do *mandamus* quando

o remédio constitucional busca aferir suposta ilegalidade praticada em alguma das etapas do concurso.

3. *Na hipótese de flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público ou ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade. Precedentes do STJ.*

4. Tendo a Corte de origem consignado pela anulação da matéria por comportar “erro manifesto e invencível”, prejudicando assim o candidato, rever tal entendimento implica reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em Recurso Especial ante o disposto na Súmula 7/STJ.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 165.843/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07.08.2012, DJe 22.08.2012)

Ora, no caso aqui debatido, vislumbra-se com clareza a flagrante ilegalidade que inquina a questão de n. 22 do concurso público em referência, por apresentar mais de uma alternativa correta de resposta, razão pela qual veio a ser anulada em dezenas de ações ordinárias interpostas em diferentes Regiões do país, e, com a mesma motivação, teve sua ilegalidade reconhecida por vários Ministros desta Corte de Justiça, mencionados linhas acima, os quais concluíram pela sua anulação.

Dessa forma, fazendo coro à maciça jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e à compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal em regime de repercussão geral, uma vez constatada a flagrante ilegalidade da questão n. 22, conheço, nesse ponto, do recurso especial e dou provimento ao reclamo para anular a referida questão da prova objetiva do Concurso Público para provimento do cargo de Policial Rodoviário Federal, edital n. 1/2009.

Análise relativa à questão n. 23:

Já em relação à questão n. 23 do aludido certame, o recurso não merece acolhida.

Segundo os recorrentes, tal questão seria nula por não constar do rol de matérias constantes do edital. Nesse ponto, o Tribunal local assim decidiu (e-fl. 193/194):

10. No tocante a questão 23 do caderno de prova, cuja anulação também é pretendida, têm-se o seguinte questionamento (fl. 22):

[...]

11. Sobre essa questão, os Recorrentes argumentam que não foram fornecidas as informações necessárias para sua solução e que ela estaria além do conteúdo programático previsto no edital. Todavia, verifico que os Autores sequer juntaram cópia do programa à inicial para amparar a tese defendida. No entanto, em consulta à rede mundial de computadores no endereço eletrônico: http://pub.funrioconcursos.org.br/publicacoes/PRF/Edital_01_PRF.pdf, observo que a questão insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.08.2009, in verbis: [...]

Verifica-se que o Tribunal federal afirmou que a referida questão n. 23 insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.8.2009. Assim, concluir de forma diversa quanto à ilegalidade da questão em apreço, esbarraria no óbice imposto pela Súmula 7 do STJ, pois envolveria necessariamente análise do conteúdo fático-probatório dos autos.

Ademais, ao contrário do suscitado pela procuradora dos recorrentes em sede de sustentação oral, quanto a essa questão específica (n. 23) não se observa jurisprudência firmada nesta Corte de Justiça no sentido de sua anulação, nem tampouco no Supremo Tribunal Federal.

Vejamos.

Nos precedentes do Supremo Tribunal Federal invocados pela parte (*RE 850.840/PE*, *RE 942.101/RS*, *RE 922.269* e *RE 708.528*) não houve apreciação da questão de mérito, sendo que em todos eles se manteve o entendimento da Corte de origem (fosse pela anulação ou não anulação da questão referida), haja vista a aplicação de óbices processuais, notadamente a aplicação das Súmulas 279 e 454 do STF.

Já no âmbito desta Corte de Justiça, após analisar todos os julgados citados pela parte recorrente, destaco que o *único* precedente que adentra no mérito da matéria e trata da questão n. 23 do concurso em tela, dando provimento ao recurso especial para reformar o acórdão regional e anula-la é o *AREsp 522.032/PE*, de relatoria do Em. Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 3.11.2014.

Na decisão proferida neste recurso, procedeu-se à anulação de ambas as questões objeto do presente recurso especial, quais sejam, a 22 e 23. No entanto, a justificativa utilizada para a anulação das questões foi a existência de precedentes desta Corte de Justiça, precedentes estes que somente abordaram o problema relativo à questão n. 22 do concurso em tela ou não adentraram

no mérito da controvérsia, não conhecendo da insurgência ante a aplicação de óbices processuais.

Com efeito, o ilustre relator, Ministro Benedito Gonçalves, cita os seguintes precedentes, adotando-os como razão de decidir: AgRg no REsp 1.379.226/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 23.08.2013; AgRg no AREsp 455.408/RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 1º.07.2014; REsp 1.340.359/CE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 19.12.2012; AREsp 502.875/RN, Min. Sérgio Kukina, DJ 14.5.2014; REsp 1.480.711/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 22.10.2014.

Ocorre que no AgRg no REsp 1.379.226/RS e no AgRg no AREsp 455.408/RN a única questão objeto dos recursos foi a de n. 22, não havendo qualquer impugnação quanto à questão de n. 23. Já no REsp 1.340.359/CE, o relator manteve o entendimento da Corte de origem que anulou apenas a questão n. 22. Por sua vez, o AREsp 502.875/RN não teve o mérito recursal apreciado, ante o óbice da Súmula 7/STJ, mantendo-se, assim, o entendimento da Corte de origem, que anulou a questão n. 22 e não anulou a questão n. 23. Por fim, no REsp 1.480.711/CE, também não se analisou o mérito recursal, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Mister salientar que no REsp 1.491.156/SE, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 20.3.2015, embora haja menção, nas razões de decidir, à questão n. 23, o certo é que o pedido da parte se refere apenas à anulação da questão n. 22, não servindo, assim, como precedente que favoreça a parte recorrente no quesito ora apreciado.

Logo, não há dissídio jurisprudencial em relação à questão de n. 23, sendo certo que a legalidade ou ilegalidade desta não foi examinada nesta Corte de Justiça, a qual se limitou a manter o entendimento das Cortes locais, fosse pela sua anulação, fosse pela sua legalidade.

Nesse aspecto específico, portanto, não prospera o presente recurso especial, mostrando-se imperativa a aplicação da Súmula 7/STJ, na medida em que o TRF da 1ª Região foi categórico ao afirmar que a questão referida insere-se nos conhecimentos atinentes ao raciocínio lógico e noções de estatística, com bibliografia especificada e anotação expressa no anexo IV do edital n. 1/2009 – DPRF, de 12.08.2009. Não se verifica, pois, no particular, flagrante ilegalidade relacionada à inobservância aos requisitos do edital, capaz de propiciar a interferência do Poder Judiciário.

Para que não parem dúvidas, destaco, ainda, os seguintes julgados, cujos pedidos versam sobre a anulação das questões n. 22 e 23 do concurso público em testilha, mas cuja análise não ultrapassa o juízo de admissibilidade, ou seja,

não há incursão no mérito da controvérsia, seja pela aplicação da Súmula 7/STJ, seja por ausência de prequestionamento ou aplicação da Súmula 284/STF: AREsp 557.295/CE, Relatora Ministra Assussete Magalhães, DJe de 7.5.2015; AREsp 376.903/RN, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe de 3.2.2015; REsp 1.468.492/PR, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 3.7.2015; e REsp 1.480.711/CE, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 8.10.2014.

Por outro lado, os recursos a seguir versaram sobre a questão de n. 22, sem abranger impugnação relativa à questão de n. 23, e também *não* passaram do juízo de admissibilidade, senão vejamos: AREsp 502.875/RN, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe de 9.5.2014; AREsp 500.567/CE, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 21.5.2014; REsp 1.480.367/RS, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe de 19.11.2015; AREsp 529.912/PE, Relator Ministro Og Fernandes, DJe de 1º.8.2014; AREsp 664.680/PE, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe de 3.3.2015; AREsp 557.782/PE, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 10.9.2014; e AREsp 577.114/RN, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 24.9.2014.

Diante dessas considerações, não há que se cogitar, na espécie, da anulação da questão n. 23, aplicando-se, nesse ponto, o óbice da Súmula 7/STJ.

Solução da controvérsia:

Conforme a fundamentação acima, entendo que, diante do dissídio jurisprudencial constatado, deve ser anulada a questão n. 22 do concurso em tela. Já em relação à questão n. 23, mostra-se insuperável, na espécie, o óbice da Súmula 7/STJ, não havendo jurisprudência sedimentada nesta Corte de Justiça que indique em sentido contrário.

Em consequência, não havendo nos autos elementos suficientes para identificar se o proveito obtido com a anulação da questão n. 22 será suficiente para garantir a participação dos candidatos, ora recorrentes, nas demais etapas do concurso em testilha e, tampouco, para aferir sobre a imediata nomeação no cargo, devem os autos retornar ao Tribunal de origem para que se verifique tal circunstância.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe parcial provimento para declarar nula a questão n. 22 do certame em apreço. Determino, em consequência, o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que analise a suficiência de tal anulação para a continuidade, ou não, dos ora recorrentes no concurso em tela.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.643.873-SP (2016/0324383-2)

Relator: Ministro Og Fernandes

Recorrente: Fabio Cipriano de Siqueira

Advogado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Recorrido: Estado de São Paulo

Procurador: Maria Cristina S M Toledo e outro(s) - SP071912

Recorrido: Selecta Comércio e Indústria S/A - Massa Falida

Advogado: Jorge Toshihiko Uwada - Administrador Judicial - SP059453

Recorrido: Município de São José dos Campos

Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Competência para julgamento de demandas cíveis ilíquidas contra massa falida em litisconsórcio com pessoa jurídica de direito público. Jurisprudência da Segunda Seção deste STJ quanto ao primeiro aspecto da discussão. Incidência do art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005. Competência do Juízo Cível competente para o exame da ação de conhecimento. Exceção ao Juízo Universal da Falência. Constando do polo passivo de demanda ilíquida, além da massa falida, pessoa jurídica de direito público, deve ser fixada a competência em favor do Juízo da Fazenda Pública, segundo as normas locais de organização judiciária. Recurso conhecido e provido. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

1. O fundamento essencial desta demanda diz respeito à competência para julgar demandas cíveis ilíquidas contra a massa falida quando no polo passivo se encontram, como litisconsortes passivos, pessoas de direito público, no caso, o Estado de São Paulo e o Município de São José dos Campos. Assim, este feito que, em tese, estaria na jurisdição da Segunda Seção deste STJ, caso o litígio fosse estabelecido apenas entre a massa falida e uma pessoa de direito privado, foi deslocado para esta Primeira Seção, em vista da presença

no polo passivo daquelas nominadas pessoas jurídicas de direito público.

2. A jurisprudência da Segunda Seção desta STJ é assente no que concerne à aplicação do art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 às ações cíveis ilíquidas – como no caso em exame –, fixando a competência em tais casos em favor do juízo cível competente, excluído o juízo universal falimentar. Precedentes: CC 122.869/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22.10.2014, DJe 2.12.2014; CC 119.949/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 12.9.2012, DJe 17.10.2012.

3. A Quarta Turma desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do AgRg no REsp 1.471.615/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, julgado em 16.9.2014, DJe 24.9.2014, assentou que se fixa a competência do juízo cível competente, por exclusão do juízo universal falimentar, tenha sido, ou não, a demanda ilíquida interposta antes da decretação da quebra ou da recuperação judicial: “A decretação da falência, a despeito de instaurar o juízo universal falimentar, não acarreta a suspensão nem a atração das ações que demandam quantia ilíquida: se elas já tinham sido ajuizadas antes, continuam tramitando no juízo onde foram propostas; se forem ajuizadas depois, serão distribuídas normalmente segundo as regras gerais de competência. Em ambos os casos, as ações tramitarão no juízo respectivo até a eventual definição de crédito líquido.”

4. Aplicada a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte Superior, no que concerne à relação jurídica prévia – competência para resolver sobre demandas cíveis ilíquidas propostas contra massa falida –, a resolução da segunda parte da questão de direito se revela simples. É que, tratando-se de ação cível ilíquida na qual, além da massa falida, são requeridos o Estado de São Paulo e o Município de São José dos Campos, pessoas jurídicas de direito público, será competente para processar e julgar o feito o juízo cível competente para as ações contra a Fazenda Pública, segundo as normas locais de organização judiciária.

5. Tese jurídica firmada: *A competência para processar e julgar demandas cíveis com pedidos ilíquidos contra massa falida, quando em litisconsórcio passivo com pessoa jurídica de direito público, é do juízo cível no qual for proposta a ação de conhecimento, competente para julgar ações*

contra a Fazenda Pública, de acordo as respectivas normas de organização judiciária.

6. Recurso especial conhecido e provido.

7. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno deste STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Compareceu à sessão, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, pelo recorrente.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2017 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 19.12.2017

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de recurso especial interposto por Fábio Cipriano de Siqueira, nos autos de demanda na qual contende com Selecta Comércio e Indústria S.A. – Massa Falida, Estado de São Paulo e Município de São José dos Campos/SP, em oposição a aresto proferido pelo e. TJ/SP, assim ementado (e-STJ, fl. 384):

Agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Falência da empresa Agravada decretada antes da propositura da ação indenizatória. “Vis atractiva”. Competência do juízo falimentar para a apreciação da matéria. Decisão mantida.

Agravo não provido.

Alega o recorrente, inicialmente, que o feito se reporta a demanda repetitiva, devendo ser encaminhado para afetação sob o rito dos recursos

especiais repetitivos, diante da multiplicidade de ações idênticas em trâmite na Justiça do Estado de São Paulo sobre a matéria.

No mérito, aduz, em síntese, que o aresto combatido deve ser reformado, porque o caso em análise se enquadra na exceção prevista nos arts. 6º, § 1º, e 76 da Lei n. 11.101/2005; c/c o art. 24, § 2º, II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, citando, destarte, vários julgados de outras Cortes estaduais em sentido contrário ao acórdão do e. TJ/SP.

Em síntese, requer a afetação do recurso sob o rito dos repetitivos e, no mérito, o seu provimento, para o fim de reformar o aresto recorrido.

A recorrida – Selecta Comércio e Indústria S.A. - Massa Falida – ofereceu contrarrazões (e-STJ, fls. 428-435), alegando que o acórdão recorrido deve ser mantido, porque bem aplicou o disposto pelo art. 7º, §§ 2º e 3º, c/c o art. 24, §§ 1º, 2º e 3º, todos do Decreto-Lei n. 7.661/1945. Destaca que a jurisprudência do STJ apenas ressalva a competência dos demais juízos, à exceção do juízo universal da falência, quando a ação tenha sido proposta antes da decretação da quebra da sociedade empresária, o que não é o caso destes autos.

Com base nessas considerações, espera seja o recurso especial inadmitido e, no mérito, improvido.

Admitido, o recurso especial foi indicado como representativo de controvérsia, por decisão proferida pelo e. TJ/SP (e-STJ, fls. 439-443).

Em seu parecer, o Ministério Público Federal opina pelo acolhimento da proposta de afetação deste recurso especial ao rito dos repetitivos (e-STJ, fls. 472-473).

A recorrida acosta petição, acompanhada de cópia de precedente, no qual sustenta que foi firmada a competência do juízo universal da falência, em caso similar ao da presente demanda (e-STJ, fls. 475-480).

O Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes assinalou a indicação deste feito como representativo de controvérsia (e-STJ, fls. 484-487).

O recurso foi afetado para julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos perante a Primeira Seção (e-STJ, fls. 509-517).

O Ministério Público Federal pugna pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 525-531).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): No caso em exame, por ocasião da afetação deste recurso à sistemática dos recursos repetitivos, a tese representativa da controvérsia ficou delimitada nos seguintes termos: Competência para processo e julgamento de demandas com pedidos ilíquidos contra massa falida – se é competente o juízo no qual se processa o feito falimentar ou o juízo cível em que proposta a ação de conhecimento respectiva.

No presente momento, cabe algumas considerações prévias, antes de adentrar ao exame do mérito.

Inicialmente, esclareço que o fulcro da demanda diz respeito à competência para julgar demandas cíveis ilíquidas contra a massa falida, quando no polo passivo se encontram, como litisconsortes passivos, pessoas de direito público, no caso, o Estado de São Paulo e o Município de São José dos Campos.

Assim, esta demanda que, em tese, estaria na jurisdição da Segunda Seção deste STJ, caso o litígio fosse estabelecido apenas entre a massa falida e uma pessoa de direito privado, foi deslocada para esta Primeira Seção, em vista da presença no polo passivo daquelas nominadas pessoas de direito público.

Dessa forma, a tese representativa desta controvérsia, para guardar fidedignidade ao quanto debatido nestes autos e para evitar qualquer usurpação de competência da eg. Segunda Seção, fica estabelecida nos seguintes termos:

Competência para processo e julgamento de demandas cíveis com pedidos ilíquidos contra massa falida em litisconsórcio passivo com pessoa jurídica de direito público: se é competente o juízo no qual se processa o feito falimentar ou o juízo cível em que proposta a ação de conhecimento respectiva.

Assim, serão alinhados os fundamentos relevantes postos no que pertine à questão jurídica debatida.

Fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038 do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ):

A parte recorrente afirma como fundamentos relevantes da questão debatida neste feito o fato de o caso se enquadrar na “exceção à regra da *vis atractiva* do juízo falimentar”, conforme arts. 6º, § 1º, e 76 da Lei n. 11.101/2005, bem como art. 24, § 2º, inc. II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, o que afastaria, “no caso concreto, a competência do juízo falimentar”.

Sustenta o recorrente que “a universalidade indica a previsão de um só juízo para todas as medidas judiciais, todos os atos relativos ao devedor empresário.

Todas as ações e processos estarão na competência do juízo da recuperação, *salvo as exceções previstas na própria lei*".

Argumenta que, dentre as exceções previstas na própria legislação de regência, estão as demandas trabalhistas e os processos da competência do juízo federal. No caso desses últimos, no que concerne aos créditos de natureza tributária, "afastados que estão tanto da habilitação na falência, quanto da competência do juízo universal". Cita, ainda, outra exceção, construída pela jurisprudência, no que se refere às demandas de usucapião especial propostas em face da massa falida, as quais devem ser julgadas no foro da situação do imóvel, e não no foro do juízo falimentar.

Esclarece que, tratando-se de obrigação ilíquida, quando "o seu objeto depende de prévia apuração", existe uma incerteza dessa obrigação, sendo que a "definição exata do valor dependerá de um futuro procedimento de liquidação da sentença, cujo início se dará após o término da fase de conhecimento".

A parte recorrente invoca, assim, a disciplina dos dispositivos legais acima citados, bem como julgados dos tribunais pátrios, especialmente desta Corte Superior.

De sua parte, os fundamentos relevantes debatidos pela recorrida dizem respeito ao fato de, no caso, a quebra ter ocorrido antes da vigência da novel Lei n. 11.101/2005, razão pela qual a "competência discutida como mérito do recurso especial se processa pela antiga Lei de Falências, qual seja o Dec.-Lei n. 7.661/1945".

Invoca, em favor da sua tese, a aplicação do art. 7º, §§ 2º e 3º, do Decreto-Lei n. 7.661/1945, em contraponto à arguição de suposta ofensa aos dispositivos do art. 24, §§ 1º e 2º, do mesmo Diploma legal.

Argumenta que o disposto no art. 24, § 2º, inc. II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945 "não se aplica à espécie, na medida em que referido dispositivo é de clareza absoluta ao dispor que a exceção à universalidade do Juízo da Quebra ocorre em caso de ações ilíquidas que *"antes da falência, bajam iniciado"* (grifos no original).

Dessa forma, os fundamentos relevantes que deverão ser enfrentados no julgamento deste recurso dizem respeito aos seguintes pontos: a) se ao caso se aplica a exceção prevista pelo art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005, ou a regra contida no art. 76 do mesmo Diploma legal; b) a incidência, ou não, ao caso dos arts. 7º, § 2º e 3º, e 24, § 2º, II, todos do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ):

Os dispositivos legais cuja aplicação é questionada na presente demanda são os seguintes:

Decreto-Lei n. 7.661/1945:

Art. 7º É competente para declarar a falência o juiz em cuja jurisdição o devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.

[...]

2º O juízo da falência é indivisível e competente para todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, as quais serão processadas na forma determinada nesta lei.

3º Não prevalecerá o disposto no parágrafo anterior para as ações, não reguladas nesta lei, em que a massa falida seja autora ou litisconsorte.

[...]

Art. 24. As ações ou execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive as dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde que seja declarada a falência até o seu encerramento.

[...]

§ 2º Não se compreendem nas disposições deste artigo, e terão prosseguimento com o síndico, as ações e execuções que, antes da falência, hajam iniciado:

[...]

II - os que demandarem quantia ilíquida, coisa certa, prestação ou abstenção de fato.

Lei n. 11.101/2005:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

§ 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

[...]

Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.

Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no *caput* deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo.

No caso em exame, a falência da requerida Selecta Comércio e Indústria S.A. foi decretada no âmbito do Processo n. 0713297-16.1989.8.26.0100, ou seja, ainda no ano de 1989. Nessa época, vigente era o Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Ocorre que a presente demanda de conhecimento, contendo pedido ilíquido, no bojo da qual é discutida a competência do juízo falimentar, foi proposta somente no ano de 2015.

Dessa forma, a primeira questão que deve ser resolvida é: aplica-se ao caso a Lei n. 11.101/2005 ou o Decreto-Lei n. 7.661/1945?

Pois bem.

No caso das demandas atinentes aos respectivos processos de falência, nenhuma dúvida subsiste porque o art. 192 da Lei n. 11.101/2005 dispõe que “esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945”.

Todavia, a interpretação - que deve ser restritiva - conduz à aplicação do estatuto jurídico anterior “aos processos de falência ou de concordata ajuizados” anteriormente à vigência da lei nova.

Mas, a incidência de tal regra diz somente com os processos de falência ou de concordata, não podendo abranger demandas correlatas, especialmente, como no caso, que se reporta a um processo cível na fase de conhecimento - demanda ilíquida - proposta em face da massa falida (com litisconsortes passivos pessoas de direito público) por fato ocorrido supervenientemente à decretação da quebra e já sob a vigência da novel lei.

Trata-se, pois, o art. 192 da Lei n. 11.101/2005 de norma de direito material, a abranger os processos de falência e de concordata ajuizados sob a vigência do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945, bem como questões ínsitas ao direito material falimentar, a exemplo dos critérios de classificação de créditos habilitandos.

Dessa forma, para o caso em exame, não há de se falar em aplicação do regramento contido no aludido Decreto-Lei n. 7.661/1945, desde quando se trata de saber da competência para processar e julgar demanda cível ilíquida

proposta já sob a vigência da Lei n. 11.101/2005 e que tem relação com fato ocorrido posteriormente à decretação da falência da empresa.

Sem dúvida que se deve aplicar o regramento contido no art. 6º da Lei n. 11.101/2005, o qual, inclusive, foi mais restritivo do que o vigente anteriormente, até porque o seu § 1º limita ainda mais as exceções à competência universal do juízo falimentar, quando se compara com a redação similar anterior do art. 24, *caput*, e § 2º, II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945.

Não é outro o entendimento externado pela Segunda Seção desta Corte Superior, quando assim consigna:

Conflito positivo de competência. Falência. Ação de rescisão contratual por inadimplemento cumulada com pedido de perdas e danos e multa. Juízos Cível Comum e Falimentar. Demanda relativa à quantia ilíquida. Competência do juízo em que estiver sendo processada a ação de conhecimento.

1. O art. 24, § 2º, II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945 foi revogado com o advento da Lei n. 11.101/2005 (art. 6º, § 1º), acarretando redução das hipóteses que não se submetem aos efeitos da falência/recuperação. *Assim, as demandas relativas à quantias ilíquidas continuam tramitando no juízo em que estiverem sendo processadas.*

[...]

4. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 4ª Vara Cível de Curitiba/PR.

(CC 122.869/GO, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 22.10.2014, DJe 2.12.2014) (grifos acrescentados)

Conflito de competência. Recuperação judicial. Contrato de arrendamento rural. Ação de resolução contratual cumulada com despejo e cobrança. Preservação da empresa. Art. 47 da Lei n. 11.101/2005.

1. O art. 24, § 2º, II, do Decreto-Lei n. 7.661/1945 teve sua redação alterada com o advento da Lei n. 11.101/2005 (art. 6º, § 1º), acarretando redução das hipóteses que não se submetem aos efeitos da falência/recuperação. *Assim, apenas as demandas relativas à quantias ilíquidas continuam tramitando no juízo em que estiverem sendo processadas, excluídas aquelas relativas à coisa certa, prestação ou abstenção de fato.*

[...]

5. Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 8ª Vara Cível de São José do Rio Preto/SP.

(CC 119.949/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 12.9.2012, DJe 17.10.2012) (grifos acrescentados)

No que concerne à aplicação do comando do § 1º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005 às demandas ilíquidas propostas, antes ou depois da quebra, a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte Superior é assente, como se observa dos julgados abaixo, oriundos da Quarta Turma, prolatados em feitos nos quais foi discutido o alcance do citado dispositivo legal:

Agravo interno nos embargos de declaração no recurso especial. Ação de rescisão de contrato. Falência. Competência do juízo em que estiver sendo processada a ação de conhecimento. Agravo não provido.

1. Tratando-se de demandas cujos pedidos são ilíquidos, a ação de conhecimento deverá prosseguir, não havendo falar em competência absoluta do Juízo Falimentar para apreciar e julgar a demanda, nos termos do artigo 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005. Precedentes.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1.617.538/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 1º.12.2016, DJe 7.12.2016)

Recurso especial. Recuperação judicial. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Discussão sobre inclusão de crédito em plano de recuperação judicial. Ação de indenização por danos morais. "Demanda ilíquida". Aplicação do § 1º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005. Crédito referente à ação indenizatória. Obrigação existente antes do pedido de soerguimento. Inclusão no plano de recuperação. Violação ao art. 59 da Lei n. 11.101/2005. Recurso provido.

[...]

3. A ação na qual se busca indenização por danos morais - caso dos autos - é tida por "demanda ilíquida", pois cabe ao magistrado avaliar a existência do evento danoso, bem como determinar a extensão e o valor da reparação para o caso concreto.

4. Tratando-se, portanto, de demanda cujos pedidos são ilíquidos, a ação de conhecimento deverá prosseguir perante o juízo na qual foi proposta, após o qual, sendo determinado o valor do crédito, deverá ser habilitado no quadro geral de credores da sociedade em recuperação judicial. Interpretação do § 1º do art. 6º da Lei n. 11.101/2005.

[...]

8. Recurso especial provido.

(REsp 1.447.918/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 7.4.2016, DJe 16.5.2016)

Agravo regimental no recurso especial. Agravo de instrumento interposto contra decisão que reconheceu a conexão. Ação que demanda quantia ilíquida.

Afastamento da competência do Juízo Universal da Falência. Decisão que negou seguimento ao recurso especial. Insurgência do agravante/falido.

1. A decretação da falência, a despeito de instaurar o juízo universal falimentar, não acarreta a suspensão nem a atração das ações que demandam quantia ilíquida: se elas já tinham sido ajuizadas antes, continuam tramitando no juízo onde foram propostas; se forem ajuizadas depois, serão distribuídas normalmente segundo as regras gerais de competência. Em ambos os casos, as ações tramitarão no juízo respectivo até a eventual definição de crédito líquido.

[...]

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.471.615/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 16.9.2014, DJe 24.9.2014)

No voto condutor proferido no julgamento do AgRg no REsp 1.471.615/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, cuja ementa acima foi transcrita, consta trecho significativo que bem resume a questão:

Portanto, a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial, a despeito de instaurarem o juízo universal (falimentar ou recuperacional, conforme o caso), não acarretam a suspensão nem a atração das ações que demandam quantia ilíquida: se elas já tinham sido ajuizadas antes, continuam tramitando no juízo onde foram propostas; se forem ajuizadas depois, serão distribuídas normalmente segundo as regras gerais de competência. Em ambos os casos, as ações tramitarão no juízo respectivo até a eventual definição de crédito líquido.

Assim, como no caso em questão se está diante de ação de obrigação de fazer c/c ação indenizatória, é patente a iliquidez da quantia demandada, por se tratar de processo de conhecimento em trâmite sob o rito ordinário. Por conseguinte, a força atrativa do juízo universal falimentar não se opera.

[...]

Com efeito, pouco importa se a ação que demanda quantia ilíquida foi proposta antes ou depois da decretação da falência, pois em ambas as situações ela não sofrerá os efeitos da força atrativa do juízo universal falimentar. Conforme exposto na decisão agravada, se a ação foi ajuizada antes da quebra, continua tramitando no juízo onde foi proposta. Se, por outro lado, foi ajuizada depois da quebra, será distribuída normalmente segundo as regras gerais de competência. Em ambos os casos, frise-se, as ações tramitarão no juízo respectivo até a eventual definição de crédito líquido.

Assim, verifica-se que, no âmbito da Segunda Seção desta Corte Superior - competente para o exame primacial desta matéria -, inexistente dúvida acerca da aplicação do comando do art. 6º, § 1º, da Lei n. 11.101/2005 ao caso em exame.

Frise-se, mais uma vez, que o deslinde dessa controvérsia somente se encontra nesta Primeira Seção - competente para demandas de direito público -, em razão de o polo passivo da demanda constar pessoas jurídicas de direito público.

Dessa forma, aplicada a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte Superior, no que concerne à relação jurídica prévia - competência para resolver sobre demandas ilíquidas propostas contra massa falida -, a resolução da segunda parte da questão de direito se revela simples.

É que, tratando-se de demanda cível ilíquida na qual, além da massa falida, são requeridos o Estado de São Paulo e o Município de São José dos Campos, pessoas jurídicas de direito público, será competente para processar e julgar o feito o juízo cível competente para as ações contra a Fazenda Pública, segundo as normas locais de organização judiciária.

Tese jurídica firmada (inciso III do art. 104-A do RISTJ):

Para efeito de cumprimento do requisito legal e regimental, firma-se a seguinte tese: *A competência para processar e julgar demandas cíveis com pedidos ilíquidos contra massa falida, quando em litisconsórcio passivo com pessoa jurídica de direito público, é do juízo cível no qual for proposta a ação de conhecimento, competente para julgar ações contra a Fazenda Pública, de acordo as respectivas normas de organização judiciária.*

Solução dada ao caso concreto (inciso IV do art. 104-A do RISTJ):

No caso, o aresto prolatado pelo eg. TJ/SP concluiu que a competência seria do juízo falimentar, razão pela qual deve ser reformado para se adequar à tese firmada neste julgamento e fixar a competência do juízo onde proposta a demanda inicialmente.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso especial.

Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N do Regimento Interno do STJ.

É como voto.